(دعـوى القسمـــــة)

في

ضوء القضاء والفقه

تأليـف

شـريـف أحمـد الطبـــاخ

المحامـي

بالنقض والإدارية العليا

المقصود بدعوى القسمة

المقصود بدعوى القسمة هي دعوى قسمة المال الشائع :

وهي إجراء يختص بموجب كل شريك في ملكية المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال الشائع.

وقد عرفتها محكمة النقض بأن : "قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقي الشركاء". (الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٢/٧)

ثبوت حق طلب القسمة :

ولما كان الحق في طلب القسمة متفرعا عن وجود وضع الشيوع ويقصد فضه وأنهائه، فمقتضى ذلك ثبوته لكل من يكون شريكا في الشيوع (م٨٣٤ مدني) وقصره على من يثبت له هذا الوصف فحسب، ولذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الأصل في الشيوع فقط، بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلافه عامة أو خاصة على حصته الشائعة، إذا من شان هذه الخلافة أو تلك إحلال الخلف العام أو الخاص محله في الشيوع وفي وصفه كشريك.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء في ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، وكان المطعون عليهما الأول والثاني لا يملكان في مال مورث الطاعنين - الثلاثة أفدنه التي اشتراها من المطعون عليه الأخير- شيئا فان اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة في القانون لعقد القسمة" (طعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠).

وبناء على ما تقدم لا يثبت الحق في طلب القسمة للأشخاص الآتية :

لا يثبت الحق في طلب القسمة للمتصرف إليه من أحد الشركاء بجزء مفرز من الشئ الشائع، حيث أن هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يكون من شانه إحلال المتصرف إليه محل المتصرف شريكا في الشيوع كما سبق البيان، وإنما يكون في مواجهة باقي الشركاء في مقام دائن الشريك المتصرف، فيسرى عليه ما يسرى على الدائنين من أحكام في هذا الشأن (حسن كيرة).

للمشترى لحصة شائعة لعقد بيع عرفي، لان الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

المشترى بعقد بيع عرفي صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذا الحكم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع

وكان يبين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الإرثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد اخطأ في القانون بما يستوجب نقضه" (طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١).

وليس لدائني الشريك الحق في طلب القسمة بصفة أصلية ومباشر ولكن يكون لهم استعمال حق مدينهم في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها.

المستأجر لجزء من المال فهو أيضا ليس له حق في طلب القسمة. :

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المستأجر قد أستأجر نصيبا مفرزا في الأرض بما عليه من المباني فلا صفه له في التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت على الأرض دون البناء" (طعن رقم ٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١/٣) وبأنه "ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر في سند ملكيته وعما إذا كان له الحق في القسمة التي أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون" (طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣).

حالات امتناع طلب القسمة :

إذا كان الأصل هو ثبوت حق كل شريك في طلب القسمة ما دام الشيوع قائما، فان هذا الأصل ليس مطلقا، بل يحد منه نص القانون أو اتفاق الشركاء المشتاعين :

١- امتناع طلب القسمة لنص في القانون :

قد يكون الشريك في المال الشائع مجراً على البقاء في الشيوع بموجب لنص في القانون سواء في القانون المدني أو غيره من التشريعات فلا يجوز له طلب القسمة، كما هي الحال في الشيوع الإجباري، حيث يقتضى الغرض الذي أعد له الشئ الشائع بقاءه على الشيوع إذ لا يصلح للاستعمال المعد له إذا قسم (م ٨٥٠ مدني) وكما هي الحال في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأرض المقام عليها الدار وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فأنها لا تقبل القسمة، وليس لشريك أن يتصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذي يملكه مفرزا في الدار (م ٨٥٦ /٢ مدني). وقد يخول القانون للحكمة سلطة منع القسمة مؤقتا: فللمحكمة، إذا رفعت دعوى بالقسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، أن توقف القسمة مدة لا تجاوز مس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيما (م ٤١ من الرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال (حسن كيرة ص١٩٧).

٢- امتناع طلب القسمة لوجود اتفاق بين الشركاء المشتاعين :

الحق في طلب القسمة ليس متعلقا بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على تأجيله. وبالتالي يمتنع على الشركاء بمقتضى الاتفاق طلب القسمة امتناعاً مؤقتاً وإذا انعقد إجماع الشركاء على البقاء في الشيوع، وجب أن يكون ذلك لمدة لا تجاوز خمس سنين، فان تم الاتفاق على مدة أطول من خمس سنوات بطل الاتفاق فيما جاوزها ولا يوجد ما يمنع من تكرار الاتفاق على مدد متعاقبة كل منها لا يجاوز خمس سنوات على أن يكون كل تجديد بعقد جديد وينفذ هذا الاتفاق في حق الشركاء وفي حق خلفهم ويجوز التمسك بالاتفاق ضد دائني الشركاء.

وللشركاء أن يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع قبل انقضاء هذه المادة، ونصت المادة ٤١ من المرسوم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن للمحكمة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها في التعجيل بها ضرر جسيم إذا كانت دعوى القسمة مرفوعة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر، وطلب ذلك من ينوب عنه أو النيابة العامة، ويدفع الشركاء إلى الاتفاق وجود مشروع يلزم لحسن استغلاله أن يبقى مدة معينة ون قسمة أو يكون هناك احتمال أفضل إذا تمت القسمة بعد مدة معينة (أنور طلبه ص٤٧١) وإذا كان الاتفاق على البقاء في الشيوع الامتناع عن طلب القسمة جائز، في حدود أجل لا يجاوز خمس سنوات، فالأصل ن يتم هذا الاتفاق بإجماع كافة الشركاء، فإذا تم بين بعضهم دون بعض، فلا يقيد حينئذ- شان كل اتفاق- إلا أطرافه وحدهم، فيبقى من حق الشركاء الذين لم يدخلوا طرفا فيه طلب القسمة في أي وقت، وهو ما ينتهي- إذا تحقق الطلب- إلى إهدار أثر اتفاق المتفقين على الامتناع عن طلبها (حسن كيرة ص١٩٨) ويخضع الاتفاق على البقاء في الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة. غير انه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء في الشيوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف ومن ثم يكفي أن تتوافر في الشيك أهلية الإدارة دون أهلية التصرف وعلى أي حال، إذا وجد بين الشركاء اتفاق على البقاء في الشيوع لأجل لا يجاوز خمس سنوات، فالاتفاق صحيح ملزم لكل شريك طرف فيه بحيث يمتنع عليه طلب القسمة خلال هذا الأجل، غير أن حق البقاء في الشيوع، كآي حق آخر، يجب أن يخضع لمبدأ عدم التعسف في الاستعمال وبناء عليه طلب أحد الشركاء القسمة رقم الاتفاق وقبل فوات مدته، فدفع باقي الشركاء وذلك بالتمسك بالاتفاق وما يعطيهم من حق البقاء في الشيوع طوال الأجل المتفق عليه فيكون تمسكهم مجديا إذا لم ينسب استعمالهم هذا الحق أي نصف، أما إذا شابه التعسف وخاصة حيث يطرأ سبب قوى يبرر التعجيل بالقسمة، فتملك المحكمة نع تحقق هذا التعسف برفض الدفع وأجابه الشريك إلى طلبه بالأمر بتعجيل القسمة (حسن كيرة ص١٩٨ وما بعدها) وعلى أي حال، إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشيوع بمقتض نص قانون أو اتفاق فيما بينهم في الحدود المذكورة، فلهم في أي وقت أن يطالبوا بالقسمة، ولا يمنعهم من ذلك وجود اتفاق بينهم على قسمة مهايأه مكانية لم تنقض مدته بعد، لان قسمة المهايأة- وهي ليست إلا ضربا من ضروب تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع - تصبح غير ذات موضوع إذا انقضى الشيوع بأي سبب من أسبابه ولو مبادأة من جانب أحد الشركاء (حسن كيرة ص٢٠٠ وفي هذا المعنى منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨- عبد المنعم الصدة فقرة ١٣٨).

اشتراط الموصى على الورثة أو الموصى لهم البقاء في الشيوع :

قد يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع ويضمن وصيته شرطاً يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء في الشيوع مدة معينة. فاختلفت الآراء حول طبيعة هذا الشرط ومدى صحته فذهب البعض إلى أن ما يرد في وصية من شرط على الورثة أو الموصى لهم بالنفاذ في الشيوع يعتبر صحيحا ما دام يمنع القسمة المدة لا يجاوز خمس سنوات ويكون مبنياً على سبب مشروع، وهم يستندوا في رأيهم هذا إلى نص المادة ١/٨٢٣ مدني التي تقضى بأنه إذا تضمن العقد أو الوصية، شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة. ومن ثم فالنص يجيز أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جوار التصرف في المال الموهوب أو الموصى به، فيكون للموصى أو الواهب أن يشترط البقاء في الشيوع وهو شرط أحق من شرط العقد في التصرف (السنهوري ص١١٧٥، منصور مصطفي منصور ص١٧٤، عبد المنعم الصدة ص٢٢١) وذهب البعض الآخر إلى أن ما قد يرد في وصية من شرط على الورثة أو الموصى لهم بالبقاء في الشيوع، ولو لمدة لا تجاوز الأجل المسموح به قانونا، يجب اعتباره باطلا لا يفيد الشركاء

فالمشروع قد ارتضى الخروج على الأصل تحقيقا لمصلحة الشركاء انفسهم إذا ارتضوا باختيارهم البقاء في الشيوع فيجب أن لا يكون هذا البقاء- بما يصحبه من مضار واحتكاك- مفروضا عليهم من جانب شخص آخر كالموصى (حسن كيرة ص٢٠٠ - محمد على عرفه ص٤٢١- محمد كامل مرسى ص١٣٨- محمد وحيد الدين سوار ص٣٨٦).

وصية المورث بقسمة تركته :

لقد نصت المادة ٩٠٨ من القانون المدني على أن "نصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين كل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية" فهذا النص يجيز للمورث أن يوصى بقسمة أموال تركته وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدني التي تجعل التعامل في تركته إنسان على قيد الحياة باطلاً، ومن ثم تكون وصية بتقييم أموال تركته على جميع ورثته كما يجوز له أن يوصى بتقسيم بعض أموالها على أن يظل الباقي تركه بينهم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٩٠٨ من القانون المدني على أن " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه في التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب، ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التي جريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته وتكون في صورة وصية"(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١) وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التي أحاطت به طالما كان من استخلصته لا يخرج عن المعنى الذي تحتمله تلك العبارات، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدني يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فان زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه انه أيد الحكم الابتدائي الذي أعتمد تقرير الخبير والذي انتهي إلى زيادة نصيب الطاعنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٧/٧/٤ عن حقهن الشرعي في الميراث واعتبر الزيادة وصية لا تنعقد في حقها إلا في حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فان هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعي على الحكم المطعون فهي بهذا السبب على غير أساس" (طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣).

عدم شمول القسمة لجميع أموال المورث :

فالقسمة قد لا تشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة إما لأنه أراد ذلك فترك بعض أمواله شائعة، أو لأنه قد ألت إليه بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها في القسمة التي أجراها. وفي هذه الحالة تؤول هذه الأموال إلى الورثة عند الوفاة شائعة ولهم إجراء قسمة جديدة لها. وقد نصت المادة ٩١٠ مدني على انه "إذا لم يشتمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته فان الأموال التي لم تدخل القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث" ولكن إذا تصرف المورث في بعض الأموال التي شملتها القسمة قبل وفاته تبطل القسمة وتؤول الأموال شائعة إلى الورثة وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بقولهما. ففيما يتعلق بالأموال، إذا لم تدخل في القسمة أموال تركها عند موته، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت القسمة فان القسمة تبطل".

موت أحد الورثة قبل وفاة المورث :

إذا مات قبل المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة فان الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث (م٩١١ مدني) ولكن إذا حدث العكس وزاد عدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية وهو ما يترتب عليه تغير في أنصبة الورثة، فان الوصية تكون باطلة وتنتقل أعيان التركة إلى الورثة الموجودين وقت الوفاة شائعين لهم أجراء قسمة جديدة إذا أرادوا ذلك.

الأحكام التي تسرى على قسمة المورث :

تسرى على قسمة المورث الأحكام التي تسرى على القسمة عامة عدا أحكام الغبن، فقد نصت المادة ٩١٢ مدني على أن "تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، عدا أحكام العين"، وذلك لان أحكام العين التي تسرى على دعوى القسمة تتعارض مع طبيعة قسمة المورث باعتبارها وصية. فالزيادة في نصيب أحد الورثة لا تعد غبنا وإنما تعد وصية يسرى في حق باقي الورثة، دون أجازهم في حدود تلك التركة جميعها (عزمي البكري ص١٩٦).

أنـــواع القسمـــة :

تنقسم القسمة إلى عدة أنواع مختلفة بالنظر إلي اعتبارات مختلفة. فبالنظر إلي طبيعة محل القسمة نجد أن قسمة المال وقسمة المنفعة، وبالنظر إلى من يتولى إجراء القسمة نجد القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، وبالنظر إلي دوام أو توقيت القسمة نجد النهائية والقسمة غير الباتة، وبالنظر إلي تناول كل أو بعض الأموال الشائعة نجد القسمة الكلية والقسمة الجزئية، وبالنظر إلي طريقة انقضاء الشيوع نجد القسمة العينية (بوسيلتها: قسمة الحصص أو التجنيب، بمعدل أو بدون معدل) والقسمة بطريق التصفية، وبالنظر إلي طريقة الانتفاع بالمال الشائع نجد قسمة المهايأة المكانية وقسمة المهايأة الزمانية، وبالنظر إلي قسمة الأموال الشائعة إلي قسمين أو أكثر نجد قسمة الطبقات أو قسمة الفئات (محمد المنجي في دعوى القسمة ص١٥٠ وما بعدها).

القسمــة الاتفاقيــة :

والقسمة الرضائية أو الاتفاقية هي عقد يلزم لإبرامه إجماع الشركاء، ويتحدد نطاقها وفقا لما يتم الاتفاق عليه، فقد تكون القسمة شاملة كل المال الشائع، فينقضي الشيوع، وقد تشمل بعض هذا المال، فيظل الباقي مشاعا بين الشركاء جميعا، وبالتالي يخضع لكافة أحكام الشيوع من حيث إدارته أو التصرف فيه أو قسمته، وقد يجنب الشركاء نصيب أحدهم فيخرج من الشيوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأصل في انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة، وعلى ما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدني، مالكا للحصة التي آلت إليه من وقت أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال الشائع على حالة شائعا بين الورثة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجهل ملكية المال الشائع والذي لم تشمله القسمة قاصرة على من حصل من المتقاسمين على نصيب يقل عن نصيبه الميراثي دون أن يفصح عن سبب ذلك مع أن حصول أحد المتقاسمين على أقل من نصيبه الشرعي لا يقتضى بطريق اللزوم اعتباره مالكاً لما ما لم تشمله القسمة من أعيان التركة، فانه يكون معيبا بالقصور"

والقسمة الرضائية أو الاتفاقية عقد يلزم نفاذه وترتيب آثاره بانقضاء الشيوع، إجماع الشركاء، وتوقيعهم جميعا عليه، فلا يكفي لذلك توافر أغلبية معينة وإنما يلزم إجماع الشركاء، فان رفض أحدهم القسمة أو وافق عليها ولكنه أمتنع عن التوقيع على العقد، فان القسمة لا تتم ما لم يثبت الشركاء موافقة الشريك الممتنع على إجرائها وفقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات. فالأصل في القسمة الرضائية، أن يتفق جميع الشركاء عليها وان يوقعوا على عقدها فور إبرامها، لكن لا يوجد ما يحول دون إرجاء توقيع العقد من بعض المتقاسمين، بحيث يكون لهم هذا الحق عندما يرغبون في إقرار القسمة، دون أن يكون لمن قام بالتوقيع الحق في التحلل من القيمة أو العدل عنها بحجة عدم توقيع البعض على عقدها فور إبرامه، ولما كان حق إقرار القسمة والتوقيع على عقدها ليس لصيقا بشخص من لم يوقع، فان هذا الحق ينتقل إلى ورثته من بعدها، بحيث إذا قاموا بالتوقيع نفذت القسمة في حق الجميع، وجاز لأي متقاسم رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة وهو ما يطلب لقبولها تسجيل صحيفتها عملا بالمادة ١٢٦ مكرراً من قانون المرافعات، لان عقد القسمة الذي لا يتطلب تسجيلا لنفاذه فيما بين الشركاء، هو العقد الذي لا ترفع دعوى بصحته ونفاذه، وإنما يقوم الشركاء جميعا بتنفيذه فإذا أبرم عقد القسمة بين بعض الشركاء فقط، دون أن يشارك فيه البعض الآخر، وبالتالي لم يكن هذا البعض طرفا في العقد، فان القسمة لا تقع حتى لو انحصرت في قدر يعادل نصيب من أبرموا العقد، ولكن شمل العقد إيجابا موجها من الآخرين إلى من لم يكونا طرفا فيه، فإذا قبلوا القسمة، نفذت في حق الجميع، ويكون العقد في هذه الحالة معلقا على شرط واقف هو تحقق هذا القبول، كما ينتقل هذا الحق الورثة من لم يكن طرفا في العقد، ويقتضى ذلك، أن يكون العقد قد تضمن قسمة لجميع المال الشائع وحدد جزءا مفرزا لكل شريك، وإلا لزم تحرير عقد قسمة جديد أو ملحق للعقد السابق يرتضيه جميع الشركاء ويوقعون عليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن للشركاء ذا العقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها مؤداها أن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها أنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بغض الشركاء - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء وهو أن كان لا يصح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا انه يعتبر ملوما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد نهم التحلل من التزاماته بحجة أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه" (طعن ٢٧٤ س ٥٣ق نقض ١٩٨٨/٤/٢١، طعن ٢٧٣٠ س ٥٧ق نقض١٩٩٢/٢/٢٠) وبأنه "المقرر أن عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع الذي لم يوقع عليه لا يتعلق بالنظام العام وإنما يكون التمسك بعدم نفاذه للشريك الذي لم يوقعه أو لخلفه" (طعن ٧٣١ س ٥٣ق نقض ١٩٨٧/٦/٢٥) وبأنه "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء- وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقراره هذا العقد يظل قائما ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، إذ عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، فلا ينقضي بوفاة الشريك - فالحكم الذي يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته، مستنداً في ذلك إلى أن أحد موقعي العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء

وان يعتبر العقد غير ملزم له الوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولان ورثته لا يستطيعون قبول لعقد بعد وفاته- هذا الحكم يكون مخالفا للقانون" (طعن ١٠٦ س ١٨ق نقض ١٩٥٠/٢/٢٣) وبأنه "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشرك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء" (طعن ٧٨ س ٢٢ق نقض ١٩٥٥/٥/١٩) وبأنه " وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ..." مؤداه أن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها أنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعضهم- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتبر باطلا وهو وان كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا انه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده" .. (طعن رقم ٢٤٦١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٩).

القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ :

القسمة عقد كسائر العقود، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شرط واقف أو شرط فاسخ، ومن أمثلته تعليق القسمة على شرط واقف اتفاق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء. ومن أمثلة تعليق القسمة على شرط فاسخ اتفاق الشركاء على انفساخ القسمة إذا استحق جزء ن أعيان المال الشائع، أو كان يعلقوا القسمة على تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة. والأصل أن يحصل الاتفاق على القسمة صراحة بين الشركاء ولكن قد يستخلص انفاقهم عليها كذلك ضمنا وهو ما يعرف عادة باسم القسمة الفعلية.

القسمة الضمنية أو الفعلية :

قد يستخلص الاتفاق الضمني على القسمة من ظروف الواقع وما تفيده من قيام قسمة فعلية، ومن قبيل ذلك الصورة التي جلتها محكمة النقض من أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من الشئ الشائع يعادل حصته، ثم ينهج سائر الشركاء نهجه فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا انهم ارتضوا جميعا قسمة الشئ الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه بحيث يعتبر الجزء المفرز الذي سبق لكل منهم أن تصرف فيه هو النصيب المقسوم له (حسن كيرة ص٢٠٤)

إذن فيجب لتحقق القسمة الفعلية أن يتصرف جميع الشركاء، كل في حصة مفرزة تعادل حصته، إذ ينقضي الشيوع بهذا الإفراز، ومفاد ذلك أ الشيوع لا ينقضي إذا تصرف كل شريك في حصته شائعة، أو تصرف فيها مفرزة دون موافقة باقي الشركاء، إذ يعتبر التصرف في الحالة الأخيرة وارداً على حصة شائعة بالنسبة لباقي الشركاء طالما لم تتوالى تصرفات باقي الشركاء كل لحصة مفرزة تعادل حصته. كذلك لا ينقضي الشيوع يتصرف كل شريك في حصة مفرزة تجاوز حصته في المال الشائع، إذ لا تتوافر القسمة الاتفاقية في هذه الحالة، مما يوجب الالتجاء للقسمة القضائية وتصفية المنازعات على ملكية كل شريك. وإذا وضع كل شريك يده على جزء مفرز يعادل حصته، ولم يتصرف أحد في الجزء الذي وضع يده عليه، أو تصرف البغض دون البعض الآخر، لا تتوافر بذلك مقومات القسمة الفعلية، لكن إذا استمر وضع اليد مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة وفقا للفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني.

والقسمة الفعلية التي تستند إلى تصرف كل شريك في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، لا تتم لا من تاريخ خر تصرف، وتقدر قيمة المال الذي وردت عليه تلك القسمة بوقت إبرام هذا التصرف، ويكفي في تسجيلها تسجيل كل تصرف على حدة (أنور طلبه ص٤٨)

وواضح أن القسمة الضمنية ما دامت مؤسسة على الإدارة، فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة، إلا ما يتعارض من هذه الأحكام مع صفتها الضمنية أو الواقعية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "القسمة الفعلية لا تتحقق إلا إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته وينهج نهجة سائر الشركاء بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه" (طعن ٨٨١ س ٤٥ق نقض ١٩٨١/٣/١٨) وبأنه "القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجة سائر الشركاء ويستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه، وهذا كان الثابت ن الحكم المطعون فيه أن التصرفات التي تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا في الأعيان التي كانت موقوفة وإنما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء" (طعن ٢٩٣ س ٣٦ق نقض ١٩٧١/١/٢٦، طعن ٤٨٢ س ٥٣ق نقض ١٩٨٦/٦/١٢) وبأنه "القسمة الفعلية- وعلى ما جرى به فضاء محكمة النقض- تتحقق في صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدني مالكا وحده للحصة المفرزة التي آلت إليه من وقت أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصص" (طعن ١١ س٤٠ق نقض ١٩٧٥/٢/٢٥)وبأنه "القسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء من المال يعادل حصته، وينهج سائر الشركاء، بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق أن تصرف فيه" (طعن ٢٤٩٨ س ٥٧ق نقض ١٩٩١/٧/١٧) وبأنه "وإذا طلب أحد الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى أن بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدد من الأطيان المتخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في انصبتهم محددة كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددا وأصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا في هذه الأطيان ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه أجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وان هذا التصرف وقع صحيحا لانه كان في حدود القدر الذي يملكه بالميراث ولذلك قضت برفض الدعوى، فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه، لان تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على ثبوله، بل لقد كان لهم حق الاعتراض قانونا، وماداموا هم قد تابعوه وتصرفوا في انصبتهم على التحديد كما فعل هو فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء" (نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ ج ٢ في ٢٥ سنة ص٨٨٦)

وبأنه إذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة في اوقات مختلفة، ومما ذكره بعضهم في عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من انه يملك القدر المبيع بمضي المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم، وان كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية، ثم رتب على القسمة التي قال بها، ولو ا،ها لم تكن بعقد مسجل، نتائجها القانونية في حق الغير، فلم يعول علي ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضت شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة، فانه لا يكون قد خالف القانون ى شئ" (طعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤) وبأنه "إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعي عليه انه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابي على القسمة" (طعن رقم ٤٢ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٤/٤) وبأنه "حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التي أثبتها خبير الدعوى- استحداث مبان بالمنزل- غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ووجدت في تقرير الخبير واوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر فان النعي على الحكم بالقصور في التسبيب استنادا إلى انه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولانه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعي يكون في غير محله" (طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١).

كما قضت بأن "لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال، وإذن فمتى كان الطاعن في مقام الإستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تملك بان المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس، وكان الثابت من هذا المحضر انه وان كان المنزل الذي عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه في العقار المشفوع به إلا انه لا يوجد في الاوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر انه لا يمكن من الإطلاع على محضر الانتقال معرة ما إذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع استنادا إلى انه مسخ الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير اليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل" (طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق جلسة١٩٥١/٥/٣١) وبأنه "على انه إذا كان مرمى دفاع الطاعن الذي أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فان الحكم المطعون فيه قد نفي أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله "وينقض هذا الدفاع أن أخ المستانف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستانف (الطاعن) في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدني كلى المنصورة يطلب فيها نقس طلبات المستانف عليهم (المطعون ضدهم) في الدعوى الحالية وفضى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل في اول مارس سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذي يدل على أن إخوة المستانف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم " وهذا الذي قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت في اوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها بعدم حصزل أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع" (طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠).

القسمة الإتفاقية في حالة وجود ناقص أهلية :

إذا كان بين المتقاسمين ناقص أهلية كقاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أو كان بينهم غائب، وجب الالتزام بأحكام المادتين ٤٠، ٧٩ من قانون الولاية على المال، فيلزم استئذان المحكمة في القسمة الرضائية فان وجدتها في مصلحة ناقص الأهلية عينت الأسس التي تجري القسمة وفقا لها، ومن ثم يكون لنائب ناقص الأهلية إتمام مشروع القسمة ليعرضه على ذات المحكمة فان وجدتها عادلة وروعيت فيها الأسس التي استلزمها أمرت بنفاذها وإلا رفضتها واوجبت القسمة القضائية، أما بالنسبة للولي، فان كان أبا فله إجراء القسمة بدون الرجوع إلى المحكمة إذ لم يورد القانون قيودا عليه فيها، أما الجد، فان اعتبرت القسمة من أعمال التصرف، وهذا هو الراجح، فيلزم استئذان المحكمة وفقا للمادة ١٥ من قانون الولاية على المال، أما أن اعتبرت من أعمال الإدارة فلا يلزم الإذن .

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على انه "للشركاء، إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون"، وفي المادة ٤٠ منه على أن "على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ....."، يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالمسبة للولي في مجال القسمة، على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (نقض ١٩٨٥/١١/٦ طعن ٧٠٢ س٥١ق) وبأنه والملاحظ أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان يبين بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية، وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد أن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عليه أن كان محجورا عليه بالتنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات" (نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س١٥ ص١٢٩) وبأنه "وان البطلان المترتب على عدم إتباع الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (نقض ١٩٦٩/١١/٦ طعن ٣٧٤ س٣٥ق) وبأنه "وقد حظرت المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢- في شان الولاية على المال- على الوصي إجراء القسمة بغير الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية فإذا لم يصدر هذا الإذن امتنع الاحتجاج بعقد القسمة على القصر، ولما كان الأمر يتعلق بمصلحة هؤلاء القصر وحمايتهم فان قول الحكم بأنه ليس للوصي أن يستفيد من تقصيره في تنفيذ تعهده بالحصول على هذا الإذن لا يصادف مجلا ولا يصلح ردا على دفاع الطاعنين بعدم جواز الاحتجاج بعقد القسمة على القصر منهم" (نقض ١٩٦٦/٥/١٢ طعن ٣٠٤ س٣٢ق) وبأنه "عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد" (نقض ١٩٦٢/٥/٣ طعن ٤٤٩ ص٢٦ق).

فيتضح مما تقدم، انه يلزم لنفاذ عقد قسمة المال الشائع، أن ينعقد إجماع الشركاء على إجراء تلك القسمة، وانه إذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون عملا بالمادة ٨٣٥ من القانون المدني، فان كانت القسمة قضائية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون عملا بالمادة ٨٤٠ من ذات القانون.

الإجراءات الواجب إتباعها عند إجراء القسمة في حالة وجود ناقص أهلية بين الشركاء :

يقصد بناقص الأهلية، كل من لم يبلغ سن السابعة أو كان فاقد التمييز لعته أو جنون، وتنص المادة (٤٥) مدني، على انه:

١- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز، لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

٢- وكل من لم يبلغ السابعة، يعتبر فاقد التمييز"، وتنص المادة (٤٦) مدني على انه "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وتنص أيضا المادة (٤٧) مدني على انه :

"يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها- بحسب الأحوال- لأحكام الولاية على المال، أو الوصاية، أو القوامة، بالشوط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"، ويبين من هذه المواد أن المقصود بناقص الأهلية، القاصر، والمحجور عليه لجنون، أو عته، أو غفلة، أو سفه، أو الغائب، ويقصد بالقاصر كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المواد الأولى من قانون المحاكم الحسبية ١٩٤٧/٩٩، و٤٤ من القانون المدني، ١٨ من قانون الولاية على المال ١٩٥٢/١١٩) ويقصد بالمحجور عليه لجنون، أو غفلة، أو سفه، أو عته، كل من يلغ سن الرشد وكان مصابا بعاهة في عقله، فيفقد التمييز ويفقد معه الأهلية، الأمر الذي يؤدي إلى فرض الحجر عليه قانونا، بمنعه من التصرف في ماله أو إدارته، بسبب الآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة".

وتنص المادة (٨٣٥) مدني على انه:

"للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، ويتضح من هذه المادة أنها قد اوجبت إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون، في حالة وجود أحد الشركاء ناقص الأهلية، من بين الشركاء على الشيوع طالبي تسجيل عقد القسمة الرضائية للمال الشائع، لكن هذه المادة لم تحدد ذلك القانون الذي يجب إتباعه. ولا شك أن القانون الذي يجب إتباعه في هذه الحالة، هو المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، وذلك باعتبار انه القانون الذي ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقصي الأهلية. (م ٤٧ مدني) وقد قصد المشرع من الإجراءات التي تضمنها قانون الولاية على المال، حماية حقوق ناقصي الأهلية عند إجراء القسمة الرضائية، حيث اعتبرها من أعمال الإدارة المعتادة التي يستقل بها الوصي، وذلك على النحو الذي سوف نراه في المادتين ٤٠، ٧٩ من قانون الولاية على المال".

وتنص المادة (٤٠) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على انه:

١- على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة، عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

٢- وفي حالة القسمة القضائية، تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة، على قسمة الأموال إلى حصص.

٣- وبهذه المحكمة- عند الاقتضاء- أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك.

٤- وإذا رفضت التصديق، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص، على الأسس التي تراها صالحة، بعد دعوة الخصوم.

فيتضح من هذه المادة أنها اوجبت على الوصي أن يستأذن المحكمة في إجراء القسمة الرضائية، إذا كانت له مصلحة في ذلك، والمقصود بالمحكمة هنا محكمة الأسرة، التي أصبحت تختص- دون غيرها- بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية، التي نعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية، طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. أما إذا كان الوصي يرى انه لا مصلحة للقاصر في إجراء القسمة الرضائية، لكونها ضارة به، فانه يملك- باعتباره أمينا على رعايتها (م٣٦ من قانون الولاية على المال) – أن يرفض من تلقاء نفسه إجراء تلك القسمة، وبالتالي لا تكون هناك ثمة حاجة للجوء الوصي إلى محكمة الأسرة.

وتنص المادة (٧٩) من ذات القانون على انه:

"يسري في شأت قسمة مال الغائب والمحجور عليه، ما يسري في شان قسمة مال القاصر من أحكام". فيتضح أن الأحكام التي تسري على الوصي في شان القسمة الرضائية لأموال القاصر- من وجوب استئذان الوصي محكمة الأسرة في إجراء تلك القسمة، إذا كانت له مصلحة في ذلك – هذه الأحكام تسري كذلك على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، وعلى وكيل الغائب.

وتنص المادة (٤) من قانون الولاية على المال على انه:

"يقوم الولي على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها وولاية التصرف فيها، مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون". يتضح من هذه المادة أنها أطلقت يد الولي الطبيعي إذا كان هو الأب، في التصرف في مال القاصر، ما عدا بعض القيود، ليس من ضمنها القسمة الرضائية لأموال القاصر، وبناء عليه لا يسري في حق الأب الالتزام باستئذان محكمة الأسرة في القسمة الرضائية لأموال ناقص الأهلية المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدني، ٤٠ ولاية على المال. وتنص المادة (١٥) من القانون على انه "لا يجوز للجد- بغير إذن المحكمة- التصرف في مال القاصر، ولا الصلح عليه، ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها".

فالمقرر في فقه الحنفية أن الولاية على مال ناقصي الأهلية وهم : القاصر، والمحجور عليه بسبب الجنون، أو العته، أو الغفلة، أو السفه، أو الغائب، تثبت لستة أشخاص هم : الأب، ثم وصيه، الجد الصحيح وهو أبو الأب مهما علا، ثم وصيه، القاضي، وأخيرا من يقيمه القاضي وصيا، وهؤلاء الأشخاص الذين تكون لهم الولاية على مال ناقصي الأهلية ليسوا في درجة واحدة في ثبوت الولاية لهم، بل هم مرتبون في ثبوتها لهم بالترتيب السالف

ويبين من هذه المادة أنها قيدت يد الولي الطبيعي- إذا كان هو الجد الصحيح- في التصرف في أموال القاصر أو الصلح عليها أو التنازل عن التأمينات أو إضعافها، ويترتب على ذلك انه يسري في حق الجد الصحيح الالتزام باستئذان محكمة الأسرة في القسمة الرضائية لأموال ناقص الأهلية المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدني، ٤٠ ولاية على المال.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الصبي المميز ليست له أهلية التصرف في أمواله. مؤداه. عدم جواز التصالح على حقوقه إلا بواسطة الأب. شرطه. استئذان المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبأنه "يدل نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، على أن الصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق، إلا انه يجوز لوليه إذا كان هو الأب- أن يصالح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة، إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه" (نقض مدني ١٩٩٠/٢/٧ مجموعة محكمة النقض ٤١-٤٦٥-٨١) وبأنه "للولي الأب أن يصالح على حقوق القاصر. وجوب حصوله على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه. له دون إذن قبض المستحق للقاصر" (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبأنه "النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على انه "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الاوراق المالية، إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن، إلا إذا كان التصرف من شانه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة. يدل على انه يجوز للولي الطبيعي- إذا كان هو الأب- أن يصالح على حقوق القاصر، لكن يجب الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه، وان له دون إذن قبض المستحق للقاصر" (نقض مدني ١٩٦٦/٣/١٢ مجموعة محكمة النقض ٤٧-١-٤٦٠-٨٩) وبأنه "النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني، على انه "للشركاء- إذا انعقد إجماعهم – أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، وفي المادة الرابعة على أن "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها والتصرف فيها، مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون"، وفي المادة ٤٠ منه على أن " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ....". يدل – مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة – على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر، دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية، أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (نقض مدني ١٩٨٥/١١/٦ مجموعة محكمة النقض ٢٦-٢-٩٧٠-٢٠١).

سلطة محكمة الأسرة في الإذن بإجراء القسمة الرضائية :

تنص المادة (٤٠) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، على انه "على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، إذا كانت له مصلحة في ذلك. فإذا أذنت المحكمة، عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها. وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ القسمة القضائية".

وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد "ولما كانت القسمة تصرفا له خطره، فقد اوجبت المادة ٤٠ على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، إذا كانت له مصلحة في إجرائها على هذا النحو، ولم يكن هناك بد من إحاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر، ولذلك نصت المادة نفسها على انه يتعين على المحكمة إذا أذنت، أن تبين الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع. كما اوجبت على الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها، وتركت أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء إلى إجراء القسمة القضائية في جميع الأحوال". مما تقدم يتضح انه إذا رأت محكمة الأسرة أن لناقض الأهلية مصلحة في إجراء القسمة الرضائية. ففي هذه الحالة تأذن للوصي أو لمن في حكمه بإجرائها، مع تعيين الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع، لإحاطة القسمة الرضائية بضمانات لحماية مصلحة القاصر. وبعد أن تتم القسمة الرضائية يجب على الوصي أو من في حكمه عرض عقد القسمة الرضائية على محكمة الأسرة للتثبيت من عدالتها. فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة الرضائية. أما إذا رأت محكمة الأسرة أن ناقص الأهلية ليست له مصلحة في إجراء القسمة الرضائية. ففي هذه الحالة ترفض محكمة الأسرة إجراء القسمة الرضائية. ويخضع الأمر كله لتقديرها، فتملك تكليف الوصي أو من في حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية".

مستنــدات دعــوى القسمـــة :

حافظة المستندات المرفقة بطلب التسجيل :

يجب على طالب تسجيل عقد القسمة الرضائية أن يرفق بطلبه حافظة مستندات، تشتمل على ثلاثة عناصر من المستندات هي:

(١) عقد القسمة الرضائية : من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بطلب تسجيل عقد القسمة الرضائية، عقد القسمة الرضائية ذاته. وعقد القسمة الرضائية هو الذي يتضمن إجماع الشركاء فيه، على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. وهي تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع، وهذا هو الأصل. (م ٨٣٥ مدني) فلابد من موافقة جميع الشركاء المشتاعين على إجراء القسمة الرضائية. وقد عبر المشرع عن هذا الشرك بانعقاد إجماع الشركاء، على أن يقتسموا المال الشائع (م ٨٣٥ مدني) أي أن القسمة الرضائية تنعقد طبقا للأصل العام في انعقاد العقود بالتراضي وحده، فلم يتطلب القانون فوق التراضي شروطا أخرى لانعقاده. فيكفي أن يتبادل جميع الشركاء التعبير عن إرادتهم المتطابقة على أن يقوموا بإجراء القسمة الاتفاقية، بقصد قسمة المال الشائع وأنهاء حالة الشيوع.

بطلان للقسمة بطلان نسبى مقرر لمصلحة ناقص الأهلية :

بطلان عقد القسمة هو بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية حتى لا يتعاقد الوصي ومن في حكمه على تصرف ليس له في الأصل أن ينتقل به، ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان إلا ناقض الأهلية فقط.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس في الأصل أن يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه س الرشد أن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه أن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات" (طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣) وبأنه "العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإدارة له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته- ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب- لما كان ذلك .... الخ" (طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/٢١)

وبأنه "البطلان المترتب على عدم ابتاع الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/٦) وبأنه "متى كان التصرفات المالية الدائة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر- كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني فان للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثة بوصفه خلفا عاماً له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه، وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فغنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته" (طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧).

سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

سقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فه هذا السبب وفي حالة الخلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لخلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة وقت تمام العقد (م ١٤٠ مدني).

أثار تقرير إبطال عقد القسمة :

أولا : فيما بين المتعاقدين :

في حالة إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقض أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منف بسبب تنفيذ العقد" (المادة ١٤٢ مدني) مفاد ذلك انه إذا تقرر إبطال عقد القسمة رضاء أو قضاء اعتبر العقد كان لم يكن وزال الوجود القانوني للعقد منذ إبرامه، ويعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها قبل القسمة مؤدى ذلك أن كل متقاسم يلزم قبل الآخر بان يرد له كل ما أخذه منه أو يؤدى له تعويض مناسب عما استحال رده.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأثر الرجعى لبطلان البيع أو إبطاله أو فسخه. مؤداه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع إلى البائع شرطه ألا تكون ملكية المبيع قد ’لت إلى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية" (طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)، وبأنه "بطلان العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا. مؤداه. محو البطلان لكل آثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمني بين عاقديه" (طعن رقم ١٤٨٢ لسنة٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨- غير منشور) وبأنه "أساس الحكم بالتعويض المعادل- في حالة إبطال العقد أو إبطاله مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبله- إنما هو المسئولية التقصيرية" (طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤).

التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ مدني على انه ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " مفاده أن ناقص الأهلية لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من نفع حقيقي فلا يلزم برد ما أضاعه أو انفقه في غير مصلحة. فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من التي يعامل بها كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزل سواء.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني انه ولكن إذا كان من تسلم الشئ غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزله سواء، فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به، وبوجه خاص في حالة ضياع الشئ (المادة ٢٥٦) وفي حالة التصرف فيه بسوء نية (المادة ٢٥٨) أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به، ولو كان سيئ النية، ولا يلزم بشئ ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائي، وهو لا يؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض، إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشئ عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة، حالة تسلم ناقص الأهلية لشئ معين بالذات فهو يلزم برده عينا مادام قائما ولو انه لم يثر منه، باعتبار انه لم دخل في ذمته، وهذا و ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ (مجموعة لأعمال التحضيرية ج ص٤٦١ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "نيابة الولي عن القاصر نيابة قانونية، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فانه يفقد صفته النيابية ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليها بسببها" (طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١) وبأنه "تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ ك من القانون المدني على أن ناقص الأهلة لا يلزم - إذا أبطل العقد أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، مما يعنى أن يرد في هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها انه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي اثري به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو انفقه في غير مصلحته"(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥).

ثانيا : آثار إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر إبطال عقد القسمة على الشركاء في المال الشائع المتقاسمين، بل يمتد إلى الغير، وهو من رتب له أحد المتقاسمين حقا عينيا على الحصة التي آلت إليه بموجب العقد الذي أبطل، فإذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصة التي وقعت في نصيبه م تقرر بطال العقد، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصة خالية من حق الارتفاق (عزمي البكري ص٢٤٣) ويحد من هذه القاعدة أن الغير قد يستفيد من قواعد حيازة العقار بالتقادم إذ لا يقطعه في حقه سوى مطالبته برد العقار، وكذلك مبدأ حماية حائز المنقول حسن النية (محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ٩٨٠ ص٣٩٠).

كما يحد منها الاستثناء الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدني بالنسبة للرهن الرسمي والتي تقضى بان "يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا مكان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن" وكذلك حكم المادتين ١٥، ١٧ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦(المعدل) الذي يستلزم الاحتجاج على الغير بالحكم الصادر بالبطلان أن يتم تسجل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير .

زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية :

يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم في العقد دون إخلال بحقوق الغير (المادة ١٣٩ مدني) تناقض الأهلية، إذا زال عنه سبب نقض الأهلية كان يكون بلغ سن الرشد أن كان قاصر أو رفع عنه الحجر إذا كان مجنون أو معتوه أو ذي غفلة أو سفيه يكون له إجازة القسمة التي تمت بغير استئذان المحكمة ويشترط في الإجازة التي تصح العقد الباطل أن تصدر من ناقص لأهلية بعد زوال سبب نقض الأهلية وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وان يكون قاصداً الإجازة. والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، فالإجازة الصريحة، هي التي تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال، أما الإجازة الضمنية فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً في إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبي باستمرار الوصاية عليه، فان النعي على الحكم الخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح" (طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٥/٢/١) وبأنه "الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبي من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره في مرض الموت، وان لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل في صحة العقد المطعون فيه إلا انه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى صحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه"(طعن رقم ٧ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠) وبأنه "الإجازة التي تصح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وان يكون قاصداً إجازته وإذن فمتى كان الثابت من الاوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفي بالقول بان مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استناداً إلى هذه الواقعة غير منتج، ذلك أن المطعن عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبي كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بان العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعن على العقد، فان الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا " (طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦) وبأنه "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فان عقد البيع يبق قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد" (طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤).

كما قضت محكمة النقض بأن "إجازة العقد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت – في حدود سلطتها الموضوعية – استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعن لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالي لا تعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض" (طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣).

ويقع عبء إثبات إجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الإجازة وهم باقي الشركاء في المال الشائع :

وفي ذلك تقول محكمة النقض بان " عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال وإنما يقع على عاتق مدعى الإجازة .... الخ "، وإذا كانت الإجازة صريحة فأنها تخضع في إثباتها لحكم القواعد العامة، فمثلا إذا كانت قيمة نصيب القاصر تجاوز خمسمائة جنيه فلا يجوز إثباتها إلا بالكتاب أو ما يقوم مقامها. أما إذا كانت الإجازة ضمنية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

نقض القسمة الاتفاقية للغبن :

للقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٥ مدني على انه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت أحد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة فتبين من نص هذه الفقرة أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد "أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن لان المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات، قد اتخذت لمنع الغبن" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص ١٢٨).

الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز نقضها :

إذا وقع في القسمة غبن يزيد على الخمس كان هذا عيباً كافياً بذاته لطلب نقض القسمة فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط، كما انه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح في الشريك المغبون، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً بناء على طلب الشريك المغبون.

وقد قضت محكمة النقض بأن "وقد جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن إسقاط الطاعنة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (نقض ١٩٧٥/٤/١ طعن ٥١ س٤٠ق).

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع لغلط في قيمة الشئ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن، أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً لا للإبطال للغلط، ولا للنقض للغبن، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذي ترتب عليه الخمس أو أقل، وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه، كما إذا استحق جزء من المال الذي وقع في نصيب أحد الشركاء، فيصبح الجزء الباقي أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك، فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغين، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان.

ويجوز نقض القسمة للغبن، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً للشريك آخر فتبين انه معسر وقت القسمة، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذي حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذي وقع في نصيبه دين للتركة وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة، أن ينقض القسمة للغبن إذ ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذي حدده القانون. ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن، وقد رضي به لالتزام طبيعي في ذمته لشريك آخر، أو هبة منه لهذا الشريك (السنهوري ص٨٥٠).

مقدار الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة وكيفية حسابه :

مقدار الغبن الذي يلحق بالقسمة ويجيز طلب نقضها هو الذي يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٥ مدني على انه "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة. ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة، ثم تقدر قسمة نصيب كل شريك في هذا المال الشائع، فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قسمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه القسمة، أن تنزل قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبوناً ى أكثر من الخمس أي يجب أن تكون قيمة المال الذي وقع في نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر، فانه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه، وأخذ الشريك الخامس الباقي أي أخذ ١٨٠٠ جنيه، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأي من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض نصيب كل للغبن، لان الغبن الذي أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس (السنهوري ص٨٥١) أو العبرة في التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة وليس وقت بدء الشيوع أو وقت رفع الدعوى، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير

القسمة التي يجوز فيها النقص للغبن :

سبق أن ذكرنا أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية ومن ثم فانه قسمة اتفاقية يجوز نقصها للغبن سواء كانت عينية و كلية أو جزئية بمعدل أو بغير معدل حتى لو تمت بطريق التصفية وتم البيع لأحد الشركاء إذ يعتبر البيع هنا بمثابة قسمة فان كان المعدل "الثمن" فيه غبن يجاوز خمس القيمة وقت القسمة كان لأي من الشركاء، فيما عدا من اختص بالعين أن ينقض القسمة، وإذا تمت القسمة بعدة عقود فالعبرة في بيان الغبن هو بمجموع هذه العقود، ولا مجال لأعمال أحكام الغبن في العقود الاحتمالية كالشريك الذي يرتب إيرادا مدى الحياة لشريكه مقابل حصته في العين (أنور طلبه ص٥٧٩) وقد يستر المتقاسمون عقد القسمة في صورة عقد آخر كعقد بيع أو عقد مقايضة و عقد صلح أو غير ذلك من العقود وفي جميع هذه الأحوال بعقد تحقيقه العقد لا بصوريته فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقص القسمة للغبن.

رفع دعوى نقض القسمة للغبن :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدني على انه "يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ...الخ" فدعوى نقض القسمة والتي يطلق عليها البعض دعوى الغبن يجب أن ترفع خلال السنة التالية للقسمة، ويجوز رفعها من وارث الشريك المغبون أو من دائنه بالدعوى غير المباشرة، ولكن لا تقبل من الشريك غير المغبون، وترفع على باقي الشركاء، والسنة هنا ميعاد سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع إلا للسبب الأجنبي على خلاف المادة ٤٢٦ مدني، ومن ثم لا تقبل الدعوى إذا رفعت بعد سنة من تاريخ عقد القسمة سواء كان المتقاسم يعلم بالغبن أولا يعلم (أنور طلبه ص٥٨٠).

إثبــات الغبــن فــي القسمــة :

وعبء إثبات الغبن الذي يزد على الخمس يقع على عاتق المدعى أي الشريك المغبون وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية، والغالب في العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، ولتقدير قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضا وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة. ومتى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس على النحو الذي بسطناه فانه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة، أي بإبطالها، ففي دعاوى الإبطال، على خلاف دعاوى الفسخ، لا يملك القاضي سلطة تقديرية ويحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال.

الآثار المترتبة على القضاء بنقض القسمة :

إذا ثبت للقاضي حصول الغبن وجب عليه القضاء بإبطال عقد القسمة فليس عليه سلطة تقديرية في ذلك كما في الفسخ إذ النقض إبطال للقسمة، فتعود حالة الشيوع إلى ما كانت عليه قبلها وتعتبر القسمة كأنها لم تقع فتسقط التصرفات التي باشرها كل شريك على الحصة التي آلت إليه وتعود إلى الشيوع خالية من الحقوق التي ترتبت عليها للغير، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة فتنفذ في حق باقي الشركاء (أنور طلبه ص٥٨٠).

يجوز للمدعى عليه وقف سير الدعوى :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدني قد نصت على أن. للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " فقد أجاز المشرع للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع إجراء قسمة جديدة وذلك بان يكمل حصة شريكه المغبون بما يكفل تحقيق المساواة الأمة بين حصة كل منهما وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة لا بوقت الدفع ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملاً. وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عيناً فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذي سبق بيانه، وقد يكون الإكمال عينا بان يدفع إلى الشريك الغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عيناً يكون للمدين، أي للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدفع عيناً والعكس صحيح، إذا عرض المدين الدفع عيناً وقبله الشريك المغبون لم يجز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقداً" (السنهوري ص٨٥٦).

ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى في أية حالة يكون عليها الدعوى ولو أقام الاستئناف بل له ذلك حتى بعد صدور حكم نهائي وقبل إجراء القسمة الجديدة. وإذا تعدد المدعى عليهم وهذا ما يقع كثيراً في العمل فلابد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ الإكمال نفسه، فان لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشئ. ويجوز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم (السنهوري ص٨٥٦).

النزول عن نقض القسمة للغبن :

لقد أجازت المادة ٨٤٥ من القانون المدني للمتقاسم الذي لحقه عنه بسبب القسمة يزيد على الخمس أن يطلب نقص القسمة فان كان الغبن لا يزيد عن ذلك لزمته القسمة. ولما كانت المادة ١٣٩ من ذات القانون تجيز النزول عن الحق صراحة أو ضمناً وبالتالي فان حق المتقاسم في نقض القسمة للعبن يسقط إذا نزل عن حقه ضمناً، بان تدل ظروف الحال بما لا يدع مجالا للشك باتجاه إرادة المتقاسم إلى النزول عن حقه، وهو عالم بان له الحق في نقض القسمة، وإلا جاز له التمسك بذلك إذا ما توافرت لديه الغلط الذي حال بينه وبين ذلك (أنور طلبه ص٥٨١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المادة ١/٨٤٥ من القانون المدني تجيز للمتقاسم نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت انه قد لحقه غبن ن الخمس، إلا انه طبقا لحكم الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المذكور يزول حق المتقاسم في ذلك بالإجازة الصريحة أو الضمنية" (نقض ١٩٨٢/١١/٧ طعن ٤٨٣ س٤٩ق) وبأنه " المادة ٨٤٥ من القانون المدني قد جعلت من الغبن الذي يزيد على لخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون لب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التي لحقه منها عبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة وتصرف الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذي لحقه وظروفه ك يمكن أن يعتبر أجازه ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده، وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع"

شهر عقد القسمة الإتفاقية :

ففي تسجيل عقد القسمة الرضائية يتقدم صاحب الشأن إلى مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بطلب لتسجيل عقد القسمة ويقدم إما على النموذج ١٦٨ عقاري أو على طلب أبيض عادي- مستوفيا بيانات طلب التسجيل التي اوضحناها بمرحلة الطلبات- ومرفقا به حافظة مستندات تشتمل على نسخة من عقد القسمة، والأوراق المثبتة لملكية الشركاء المتقاسمين، والأوراق الأخرى التي تتطلبها مصلحة الشهر العقاري- وبعد أن تقوم المأمورية بإخطار صاحب الشأن بالقبول للشهر- يحرر مشروع عقد القسمة على الورق الأزرق المدموغ، وذلك ينسخ عقد القسمة على الورق الأزرق، مع تعديله ليتفق تماما مع ما تضمنه إخطار القبول (إذا وجدت اختلافات بين طلب التسجيل وبين تحقيق الملكية وضبط العقارات الذي قامت به المأمورية)- ثم تقوم المأمورية بختم المشروع بخاتم (صالحا للشهر)، وتعيده مع حافظة المستندات- وبعد أن يسدد صاحب الشأن رسوم التسجيل والتصديق على التوقيعات- وبعد أن يتم التصديق، يقدم عقد القسمة والحافظة لمكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص فيقوم بتسجيله (بدفتر الشهر) أخطر السجلات، ويسلم منه صورة فوتوغرافية لصاحب الشأن.

دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

يجوز لكل ذي مصلحة من الشركاء في المال الشائع الذين أبرموا القسمة الاتفاقية، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة، وباختصاصه بنصيبه المبين بالعقد، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصة التي اختص بها إليه (عزمي البكري – مرجع سابق) ودعوى القسمة التي يرفعها أحد الشركاء أو بعضهم تكون مقبولة حتى لو وجد بين خصومها من هو ناقص الأهلية ممثلا في شخص وليه أو وصية أو القسم عليه، ولكن لا يكون للحكم النهائي الصادر فيه حجية بالنسبة له إلا إذا صدقت عليه محكمة الولاية على المال، وبالتالي تكون القسمة القضائية برمتها معلقة على شرط واقف هو تصديق المحكمة على الحكم النهائي الصادر فيها، فان رفضت التصديق، أعتبر حكم القسمة كان لم يكن بالنسب لجميع الشركاء وليس بالنسبة لناقص الأهلية وحده، إذا لا يساغ لمن هو كامل الأهلية أن يتمسك بحجية الحكم لما في ذلك من نفاذ القسمة في حق ناقص الأهلية رغم رفض المحكمة التصديق عليها، إذ لو اختص كل كامل أهلية بالجزء المفرز الذي صدر به الحكم، لأجبر ناقص الأهلية على قبول الجزء الباقي، وأهدر بذلك نص المادة ٨٤٠ من القانون المدني، وذلك على نحو ما اوضحناه بالبند السابق. فان لم يلجأ الشركاء القسمة القضائية، وإنما إلى القسمة الاتفاقية، وذلك بإجماعهم على إجرائها، كان عقد القسمة نافذا في حقهم جميعا وفي حق خلفائهم، ويجب لذلك أن يكون موقعا منهم جميعا (أنور طلبه ص٤٩٤)

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا طبقا للقواعد العامة فترفع إلى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه وإلى المحكمة الابتدائية إذا جاوزت هذه القيمة والعبرة في تقدير قيمة الدعوى بقيمة المال محل القسمة (م ٧/٣٧ مرافعات)، أي قيمة المال الشائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط فإذا كان المال عقاراً مبنيا قدرت قيمته باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه، فان كان من الأراضي يكون التقدير باعتبار أربعمائة مقل من قيمة الضريبة الأصلية فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (م٣٧١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)، وعلى ذلك لا يعتد بالقيمة الثابتة بعقد القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر – صحيحا – ومما لا خلاف عليه بين طرفي الخصومة – قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيها وسبعمائة وثلاثين مليما – وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات – اعتبارا بان دعوى الشفة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى بقية العقار وهو من الأراضي التي يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها – ما يجعل الدعوى تدخل في الاختصاص القيمة للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فان الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استئنافيه"– والبين من أسباب الحكم انه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها ٥٨٩ جنيها"

وكما يلزم أن يكون عقد القسمة موقعاً من الشركاء جميعاً حتى نافذاً في حقهم جميعا يلزم كذلك توافر الرضاء والأهلية وخلو الإرادة من العيوب وان يكون المحل مستوفيا لشروطه وان يوجد سبب مشروع للتعاقد وإلا كانت القسمة قابلة للإبطال وفقا للقواعد العامة، وتكون القسمة في حالة موافقة بعض الشركاء عليها ملزمة لمن وافق منهم وتعد بمثابة إيجابا موجها منهم إلى من لم يقرها من باقي الشركاء فيكون للأخيرين أو لورثتهم قبول القسمة ويبقى هذا الإيجاب، قائما المدة المحددة له أو المدة المعقولة، أما أن تمت القسمة بين بعض الشركاء وتناول جميع المال الشائع فأنها تكون باطلة، ويجوز تعليق القسمة على شرط واقف أو فاسخ (أنور طلبه ص٤٤٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء - وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقراره هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، إذ عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، فلا يقتضى بوفاة الشريك - فالحكم الذي يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته، مستنداً في ذلك إلى أن أحد موقعي العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وان يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته- هذا الحكم يكون مخالفاً للقانون" (نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ طعن ١٠٦ س ١٨ق).

وإذا انعقد إجماع الشركاء ولم يكن فيهم من هو ناقص الأهلية وتوافرت للعقد مقومات صحته، قضت المحكمة بصحته ونفاذه، بشرط أن تكون مقبولة بشهر صحيفتها.

فان كان من بين الشركاء ناقص أهلية، وأبرم عقد القسمة، ومثل ناقص الأهلية، بوليه أو وصية أو قيمة، كان العقد برمته معلقا على تصديق محكمة الولاية على المال عليه، فان صدقت عليه، نفذ في حق جميع الشركاء بمن فيهم ناقص الأهلية، وجاز رفع دعوى بصحته ونفاذه. فان رفعت دعوى القسمة، وكان من بين الشركاء ناقص أهلية ممثلا فيها بولاية أو وصية أو قيمة، كانت مقبولة، ولكن لا ينفذ الحكم النهائي الصادر فيها إلا إذا صدقت عليه المحكمة عملا بالمادة ٨٤٠ من القانون المدني. وان كانت دعوى القسمة يختص بها القاضي الجزئي، فان دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة، تخضع للقواعد العامة ى الاختصاص، فتختص به المحكمة الجزئية أو الابتدائية بحسب قيمة المال الشائع جميعه، وينقضي الشيوع بصيرورة الحكم بصحة ونفاذ عقد القسمة نهائيا ولو لم يتم التأشير به في هامش تسجيل الصحيفة (أنور طلبه).

رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

إن رسم الدعوى التي ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لان الحكم في الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين في هذا القدر بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالروم القضائية" (طعن رقم ١٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١١/٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية في المواد المدنية المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ على انه " يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتي : أولا : على المبالغ التي يطلب الحكم بها. ثانيا : على قيم العقارات أو المنقولات المتنازع فيها وفقا للأسس الآتية : أ- ....ج- بالنسبة للأراضي الزراعية لم تفرض عليها ضريبة والأراضي المعدة للبناء والمباني المستحدثة التي لم تحدد قيمتها الإيجارية بعد والمنقولات بقدر الرسم مبدئيا على القيمة التي يوضحها الطالب، وبعد تحرى قم الكتاب عن القيمة الحقيقية يحصل الرسم عن الزيادة .." مفاده أن تقدير قيمة الأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المجني المعول عليها في حساب الرسوم النسبية يكون بحسب قيمتها الحقيقية التي أجاز المشرع لقلم الكتاب التحري عنها، لما كان ذلك

وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن رسم الدعوى التي ترفع بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد القسمة يحب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لان الحكم في الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشركاء في هذا العقد بأكمله، لان الحكم المطعون فيه إذ عول في حساب الرسوم النسبية محل النزاع على تقرير الخبير المنتدب في الدعوى الذي اعتد في حساب الرسوم النسبية عن عقد القسمة المقضي بصحته ونفاذه بقيمة النصيب الذي اختص به البائعون للمطعون ضدهما دون القدر المبين بالعقد جميعه واحتسب قيمة الأرض محل العقود المقضي بصحتها ونفاذها بقيمة الضريبة الأصلية المفروضة عليها مضروبة في سبعين، والتفت بذلك عن بحث ما أثاره الطاعنان من أن تلك الأرض تقع في ضواحي المدن وتقدر قيمتها في نطاق حساب الرسوم القضائية بقيمتها الحقيقية وهو دفاع جوهري من شان بحثه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فان الحكم يكون فضلا عن قصوره قد أخطأ في تطبيق القانون" (نقض ١٩٩١/٥/١٦ طعن ١٣٤٩ س ٥٨ق) وبأنه "رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة، وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه، علة ذلك لقلم الكتاب التحري عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء. مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤" (طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤- غير منشور) وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء في عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤداه أن فرو وتجنيب حصته التي تم التراضي على فرزها بذلك العقد ينبني عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أي أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وان الحكم الذي صدر قد حسم النزاع بين الشركاء في شان المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشان الرسوم القضائية في المواد المدنية" (طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ق جلسة١٩٩٠/٢/٨)

شهر صحيفة صحة ونفاذ عقد القسمة :

لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها وذلك. إعمالا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٦٥ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ مفاد ذلك أن شهر صحيفة الدعوى المشار غليها أصبح شرطاً لقبولها بحيث إذا تبين للمحكمة عدم شهرها قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لعدم شهر صحيفتها دون أن تكون ملزمة بالتأجيل لإجراء هذا الشهر، لكن إذا تمكن المدعى من شهرها ولو بعد رفعها ، تحقق موجب قبولها وتعيين على المحكمة الحكم في موضوعها سواء بعدم القبول إذا توافر سبب آخر لذلك، أو بالرفض أو بصحة ونفاذ العقد، فإذا تقدم الخصوم بعقد صلح في الدعوى وطلبوا إلحاقه بمحضر الجلسة، أو أثبتوا ما اتفقوا عليه بهذا المحضر وطلبوا إلحاق ما اتفقوا عله بمحضر الجلسة، وجب على المحكمة الحكم بذلك ولو لم يكن عقد الصلح أو صورة رسمية من محضر الجلسة مشهراً إذ طالما أشهرت صحيفة الدعوى فلا حاجة لشهر الصلح، كما لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا لم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي اثبت فيه، وذلك عملاً بالمادة ١٢٦ من قانون المرافعات. ولم تمس الفقرة الثالثة سالفة البيان القواعد المتعلقة بنقل الملكية التي أوردها قانون الشهر العقاري ومن ثم فان الملكية الواردة على حق من الحقوق العينية لا تنتقل بموجب دعوى صحة التعاقد إلا بشهر صحيفتها ثم التأشير على هامش هذا الشهر بمنطوق الحكم الصادر فيها، أو بتسجيل هذا الحكم

ومفاد ذلك أن صحيفة الدعوى أن لم تكن قد أشهرت قبل العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فان الملكية لا تنتقل إلا بشهر الحكم الصادر بصحة التعاقد، فان كانت قد أشهرت فلا تنتقل الملكية إلا بشهر الحكم الصادر بصحة التعاقد، فان كانت قد أشهرت فلا تنتقل الملكية إلا بالتأشير بمنطوق الحكم في هامش شهر الصحيفة كما لا تنتقل الملكية بعد العمل بهذا القانون إلا بعد التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد في هامش شهر صحيفة الدعوى (أنور طلبه ص٩٩٤).

عدم قابلية دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة للتجزئة :

فدعوى صحة ونفاذ عقد البيع من الدعاوى غير القابلة للتجزئة، ويترتب على كونها غير قابلة للتجزئة إعمال نص المادة ٢١٨ مرافعات التي تجرى على أن " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. على انه إذا كان الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضما إليه في طلباته فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن، وإذا رفع الطعن على احد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ... الخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن " ..... ولما كان الحكم المستأنف صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التي تمت بين أطراف الخصومة فان بطلان الاستئناف بالنسبة لها (المستأنف عليها الثالثة) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم" (طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢).

أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية :

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز الطعن على عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التي توجه إلى أي عقد من العقود.

القسمة الاتفاقية المؤقتة (قسمة المهايــأة) :

وهي تسمى أيضا بالقسمة المؤقتة لأنها لا تبقى لا لمدة معينة، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ مدني على أنه:

"في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشرك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب في التجديد".

فتبين من نص هذه الفقرة أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالمال الشائع وليس على ملكيته ويلجأ إليها الشركاء لتفادى مشاكل وإجراءات إدارة المال الشائع (حسن كيرة ص٤٤٣).

أنــواع القسمــة المهايــأة :

هناك نوعان لقسمة المهايأة هما :

١- القسمة الزمانية : وهي تلك التي تكون حينما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم مدة تتناسب مع حصته، وهذا النوع سوف نعرض له بالتفصيل عند التعليق على المادة ٨٤٧ مدني.

٢- قسمة المهايأة المكاتبية :وهي تحصل بان يجمع الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع وهذا النوع هو ما تعرض له المادة ٨٤٦ مدني التي نحن بصدرها.

قسمة المهايأة المكانية :

وهي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، في مقابل التنازل لشركائه عن الانتفاع بباقي الأجزاء (الصدة ص٢٦٧- المنجى ص٢٦٥) أو هي أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك، بقسمته بينهم قسمة مؤقتة، فهي من قبيل الإفراز جميع منفعة كل من الشركاء في قطعة مفرزة من المالك الشائع (محمد عرفة ص٢٠٢) وبهذا يستقل كل واحد من الشركاء بالجزء المفرز الذي اختص به، وبالتالي يستقل بإدارته والانتفاع به واستغلاله على انفراد، سواء بنفسه أو بواسطة غيره، دون أن يتقاضى منه باقي الشركاء شيئا، وذلك مقابل عدم مطالبته هؤلاء الشركاء بشئ، نظير استقلالهم بالإدارة والانتفاع والاستغلال لباقي الأجزاء المفرزة الأخرى، التي حازوها ن المال الشائع (السنهوري ص٨١٦) ومن ثم فلكل شرك أن يسكن الدار، أو يزرع الأرض بنفسه، أو أن يؤجرها للغير (محمد علي عرفة ص٤٥٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن"١- قسمة المهايأة. قيامها على انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقي الأجزاء مدة سريان المهايأة. ٢-النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي اختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى" (طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٦).

والأمثلة على المهايأة المكانية كثيرة منها أن يكون المال الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء، فيختص الشريك الأول بالجزء البحري، والثاني بالجزء القبلي، والثالث بالجزء الشرقي والرابع بالجزء الغربي. أو أن يكون المال الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق، يمتلكه أربعة شركاء فيختص كل شريك بطابق معين، وهكذا.

مدة قسمة المهايأة :

تنص المادة (٨٤٦ مدني) على انه:

"في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه- قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر - انه لا يرغب في التجديد" فيلاحظ من هذه الفقرة أن المدة القانونية لقسمة المهايأة المكانية لا تزيد على خمس سنين، فلا يجوز الاتفاق بين الشركاء المتقاسمين على قسمة منفعة المال الشائع قسمة المهايأة مكانية لمدة تزيد على خمس سنوات وإذا حدق أن اتفقوا على مدة على خمس سنوات، كان هذا الاتفاق باطلا فيما زاد على المدة القانونية، أي فيما زاد على الخمس سنوات، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني التي تقضى بأنه إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على قسمة المهايأة المكانية دون اشتراط مدة معينة، أو انتهت المدة الأصلية المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد فحكم هذه الحالات هو أن تكون مدة القسمة سنة واحدة، قابلة للتجديد، ما لم يعلن أحد الشركاء باقي شركائه - قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة شهور - عدم رغبته في التجديد (الدكتور/ محمد كامل مرسى، في الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام، الطبعة الثانية ١٩٥١ س٢٥٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "القاعدة الواردة بالمادة ١/٨٤٦ من التقنين المدني القائم، والتي تقضى بأنه إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية، ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه - قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر- انه لا يرغب في التجديد، هي قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى، فلا يجوز أعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم" (نقض مدني ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة محكمة النقض ٢١-٨٦٢-١٣٨).

تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٤٦) مدني على انه:

"وإذا دامت هذه القسمة خمسة عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني "......... وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعى، وإذا دامت خمس عشرة سنة، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك، وهذا تجديد خطير في المشروع، ولكنه تجديد له ما يبرره، فان المهايأة المكانية التي تدون خمسة عشرة سنة، دون أن يرغب أحد في أنهائها، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها، فان كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية" يلاحظ مما تقدم انه تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون إذا دامت ١٥ سنة وتملك كل شريك الحصة المفرزة التي كانت في حيازته".

وقد قضت محكمة النقض بأن "وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية التي تدون خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة، فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها" (نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-١٠٨٤-١٩٧) وبأنه "يشترط- وفقا للمادة ٨٤٦-٢ من القانون المدني- حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، أن تدون حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وان لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك، وإذا كان الثابت في الدعوى أن القسمة – قسمة نظر – لم تنقلب إلى قسمة نهائية، لعدم مضى مدة خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، فان مقتضى ذلك اعتبار البائعين إلى الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع في الأعيان، التي كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قيمة النظر " (نقض ١٩٧١/١/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-١٣٢-٣٢) وبأنه " تمسك الطاعن في دفاعه أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة مهايأة بينه وبين المطعون ضده، لورثة النزاع والشقة المختلفين عن مورثهما اتفقا بموجبها على أن يختص الأخير بالشقة، وان القسمة انقلبت إلى نهائية بمضي خمس عشرة طبقا للمادة ٢/٨٤٦ مدني طالبا تمكينه من إثبات، دفاع جوهري. التفات الحكم المطعون فيه عنه أخذا بإقرار الطاعن أمام الخبير بان للمطعون ضده حصة ميراثيه في الورثة، فساد في الاستدلال وإخلال بحق الدفاع" (نقض مدني ٢٠٠٠/١١/٢١ طعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ق).

ويراعى انه متى انقلبت قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية على نحو ما تقدم، وجب شهرها بطريق التسجيل عملا بالمادة العاشرة من قانون الشهر العقاري، فيحرر المتقاسمون عقدا بذلك تتخذ في شانه إجراءات الشهر، وفقاً للموضح بصدد شهر التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية فان عارض أحد المتقاسمين أو بعضهم منكرا تحقق القسمة النهائية، جاز لأي من الشركاء إقامة دعوى يختصم فيها باقي الشركاء جميعاً، الموافق والمعترض، يتحقق القسمة النهائية باستدامة قسمة المهايأة خمس عشرة سنة، وتلك واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، ومتى ثبت ذلك للمحكمة، قضت بتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، ويكون الحكم حينئذ متى أصبح نهائيا محرراً واجب الشهر، ويخضع في شهره للإجراءات الموضحة بصدد شهر الأحكام المثبتة للتصرفات المقررة.

وعملاً بالمادتين ٨٤٣، ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية أي تصبح هي نفسها، قسمة نهائية منذ بدء الشيوع، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك شيئا في بقية الحصص، وليس منذ بدء قسمة المهايأة أو منذ انقضاء خمس عشرة سنة على تلك القسمة، وبالتالي لا تنفذ في حقه تصرفات غيره من الشركاء الواردة على حصته منذ بدء الشيوع .

الأهلية اللازمة لتحول القسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية :

يلزم لتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كاملي الأهلية، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية فلا يجوز التمسك في مواجهته بتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بعد مضى خمس عشرة سنة على الاتفاق المنشئ لها.

حيازة الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة :

إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افتراض أن حيازته لهذا الجزء مستند إلى قسمة مهايأة (م ٢/٨٤٦ مدني) وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا لم يثبت العكس فإن حيازة الشريك لجزء مفرز مدة خمس عشرة سنة تؤدى على خلوص ملكية هذا الجزء مفرز للشريك الحائز إعمالاً لهذه القرينة وللحكم الوارد بالنص معاً (منصور مصطفي منصور ص١٩٨- إسماعيل غانم ص١٨٤ - السنهوري ص١٠٨٠ - عبد المنعم الصدة ص٢٥٨) ويجوز لباقي الشكاء أن يثبتوا انه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة مهايأة إلا أن هنا كل اتفاق على ألا تنقلب هذه القسمة إلى نهايته.

وقد قضت محكمة النقض بأن "قسمة المهايأة المكانية لا تتحول إلى قسمة نهائية وفقاً للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك" (جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٨٨١ سنة ٤٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ س٨٧١، جلسة ١٩٨٣/١/٥ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٥/٥/٦ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٢ق) وبأنه "مفاد المادة ٨٤٦من التقنين المدني أن حيازة الشريك على الشيوع بالاتفاق مع باقي الشركاء لجزء مفرز يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تتقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك" (جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ الطعن رقم ١٠٥٨ لسنة ٥٤ق) وبأنه "نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني على انه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وانه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة إنما تستند إلى قسمة مهايأة ويكفي في خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل على حيازة الجزء المفرز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة والتي إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك إعمالاً للشق الأول من النص سالف الذكر" (جلسة ١٩٨٥/٥/١٢ الطعن رقم ٢٢٦٦ لسنة ٥١ق).وبأنه "يشترط وفقاً للمادة ٨٤٦ من التقنين المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة وألا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً على خلاف ما تقدم" (نقض ١٩٨٥/٦/٦ طعن ١٤ س٥٢ق) وبأنه "وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الواردة في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها" (طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦).٠

تسجيل قسمة المهايأة المكانية :

تنص المادة (١٠) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على انه :

١-جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير.

٢- ويسرى هذا الحكم على القسمة، ولو كان محلها أموالا موروثة.

٣-ويجوز للشريك الذي حصل على حكم نهائي بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة، أن يطلب قصر التسجيل على حصته، ما لم يترتب على هذا الشهر أنهاء حالة الشيوع، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه في قسم أو ناحية معينة، وعلى المكتب الذي تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التي تقع بدائرتها باقي العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك "، يلاحظ من هذه المادة وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية – كسند وارد على منفعة عقار – حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير.

وقد اختلفت الآراء حول وجوب تسجيل القسمة المهايأة :

ذهب رأي إلى عدم وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية، تأسيسا على أن قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية، وان كانت ترجع في أصلها إلى اتفاق على قسمة المهايأة، ذلك أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون، ولا يصح القول أن هذا التحول إنما مبنى على اتجاه إرادة الشركاء إليه، وبناءاً عليه فلا حاجة إلى تسجيل القسمة إذا كان المال الشائع عقار لان لأساس في وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وهي تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر في القسمة القضائية واجب التسجيل، أما القسمة التي تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجيل (الدكتور/إسماعيل غانم، المرجع السابق ص١٨٤)

وذهب رأي ثاني إلى وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية، للاحتجاج بها على الغير، كما هي القاعدة في القسمة الاتفاقية والقضائية، تأسيسا على انه إذا انقلبت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة سنة، فلابد من كتابة ورقة مثبتة لها.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي فقضت بأن "إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقاراً، فانه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا بتسجيل القسمة النهائية التي تحولت إليها قسمة المهايأة، ولا يقدح في ذلك، أن القسمة تحصل في هذه الحالة بحكم القانون، إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية، حتى تكون حجة على الغير، دون أن تفرق في ذلك بين القسمة العقارية التي تتم بالاتفاق أو بحكم القاضي أو بحكم القانون، هذا إلى أن الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدني صريحة في وجوب اتخاذ إجراءات الشهر العقاري بالنسبة للقسمة التي تتحول إليها قسمة المهايأة، حيث ورد في قرار لجنة القانون المدني في محضر الجلسة السابعة والثلاثين، أن النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عن النزاع بحكم، ويتبع ى أيهما إجراءات الشهر العقاري" (نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-١٠٨٤ – ١٦٧).

قسمة المهايأة التي تخول لقسمة نهائية لا يجوز نقضها بسبب الغير :

فقسمة المهايأة إذا كانت تتم بالاتفاق إلا أن تحولها إلى قسمة نهائية لا يتم بالاتفاق وإنما بقوة القانون ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية انه لا يجوز طلب نقضها للغبن، لأننا سبق وان اوضحناه أن دعوى نقض القسمة بسبب الغبن مقصور على القسمة الاتفاقية.

قسمـة المهايـأة الزمانيــة :

سبق أن ذكرنا أن القسمة المهايأة نوعان مكانية وزمانية المقصود بالقسمة الزمانية هي التي يتفق فيها جميع الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تناسب مع حصته فيه (الصدة ٢٦٧- عبد العزيز عامر ص١٠٧) وبمعنى آخر: هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع، وليس بجزء مفرز فيه، مثل القسمة المكانية، وذلك لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له في المال (محمد المنجى دعوى القسمة ص٢٨٧) فهي تقوم على تمكين كل شريك مشتاع بالانتفاع بكل المال الشائع منفرداً دون غيره من الشركاء، طول فترة معادلة لحصته الشائعة.

أمثلة القسمة المهايأة الزمانية :

الغالب وقوع هذه القسمة في المنقولات، أو الأعيان التي لا تنقسم، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر الشركاء بها في نفس الوقت، فيتفقون على تناوب الانتفاع بها (عزمي البكري ص٢٤٤- محمد عرفه ص٤٥٧) وأمثلة قسمة المهايأة الزمانية كثيرة، فمثلاًً السيارة المملوكة على الشيوع، يتفق الشركاء فيها على أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له، فان كان لأحدهم الثلث، وللأخر السدس، وللثالث النصف، اقتسموها مهايأة زمانية على أن ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلاً، وصاحب الثلث شهرين، وصاحب السدس شهراً، وهكذا لو كانت الشركة في جهاز تليفزيون، أو جهاز كمبيوتر، أو جرار زراعي أو ماكينة ري وغير ذلك، وكذلك الحكم لو كانت هناك دار أو أرض زراعية أراد قسمتها مهايأة زمانية ويترتب على قسمة المهايأة الزمانية بهذا المعنى- أن يحوز كل واحد من الشركاء معلى الشيوع بالتناوب الواحد تلو الآخر كل المال الشائع، فيستقل بإدارته والانتفاع به واستغلاله على انفراد، سواء بنفسه أو بواسطة غيره ن طريق الإيجار، دون أن يتقاضى منه باقي الشركاء شيئاً، مقابل أن لا ينقص أو يمنع حقوق الآخرين عندما يأتي دورهم في الانتفاع" (السنهوري ص٨٢٠ عرفة ص٤٥٧) ويكون دوره في الانتفاع لفترة تتجدد على أساس نسبة ما يملكه في المال الشائع، كما انه لا يلزم بتقديم حساب لشركائه عما استوفاه، لأنه يستغل حقه بالأصالة، وليس نائباً عن شريكه إلا في وضع اليد المادي على العين مدة الاستغلال (توفيق حسن فرج ص٢٧٦- احمد سلامة ص٢٦٩).

مدة قسمة المهايأة الزمانية :

ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، فتسرى القواعد العامة ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءون، بشرط ألا يؤدى هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين وتنتهي المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها ويعين الاتفاق هذه المادة وكيف تنقضي (السنهوري ص٧٧٣).

خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار :

كما رأينا انه يمكن تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية، كذلك يمكن تكييفها بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية، كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ففي المهايأة المكانية " يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء (م ١/٨٤٦ مدني) في إذن منفعة في مقابل منفعة ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى. وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع في مقابل حصول شركائه كل في نوبته على نصيبه هو في منفعة هذا المال فالمهايأة إذن بنوعيها، هي مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجاراً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار، كما يكون الثمن في البيع نقداً (السنهوري ص٧٧٣) ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار.

فنصت المادة ٨٤٨ مدني كما رأينا على أن:

"تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزامهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة". ونلاحظ أن هذه المادة قد حددت جوانب خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجاز وهي أربعة جوانب:

١- الاحتجاج بالمهايأة على الغير :

تخضع المهايأة من حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام الإيجار، طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها – مادة ٨٤٨ مدني – وأحكام الإيجار في هذا تضمنتها المادة ٦٠٤ مدني والتي تنص على انه :

"١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختباراً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

٢- ومع ذلك يجوز من انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه".

وهذا النص لا يتعارض مع المهايأة ومن ثم فيطبق بصدد الاحتجاج بالمهايأة على الغير، وتطبيقا لهذا النص فان قسمة المهايأة بنوعيها تكون نافذة ة ويحتج بها في مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع، واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل، وذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع (منصور مصطفي منصور ص١٣٦- حسن كيرة ص٣٤٦)

ويلتزم المشترى بكافة الالتزامات، حتى ولو كان هذا الخلف لأي علم وقت تلقيه الحصة بسبب وقوع القسمة وهذا يعد استثناء من القاعدة النصوص عليها في المادة ١٤٦ مدني والتي تشترط علم الخلف وقت انتقال الشئ إليه. أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انتفاع الحصة الشائعة إلى الخلف، فأنها لا تنفذ في حق المشترى. ومع ذلك يجوز لهذا الخلف أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا لعقد غير نافذة في حقه ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين، ولم يكن الإيجار نافذا في حقه، أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ مدني (المادة ١/٦٠٥) فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل انقضاء المهايأة، فان الشريك لبائع يلتزم بان يدفع للشريك المهايئ تعويضاً ا لم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر الشريك المهايئ على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من البائع، أو ممن انتقلت إليه ملكية، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به (المادة ٢/٦٠٥ مدني) (السنهوري ص٨٢٢، عزمي البكري ص٢٤٧).

٢- أهلية المتقاسمين :

لما كان كل شريك في قسمة المهايأة بنوعيها يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته، ومستأجرا منفعة حصص باقي الشركاء، فانه يجب أن تتوافر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر (عزمي البكري ص٢٤٧) ويعتبر التأجير من أعمال الإدارة بغير خلاف أما الاستئجار ففيه خلاف: ففي رأي انه من أعمال الإدارة فيكتفي فيه كالتأجير بأهلية الإدارة. وفي رأي آخر: يعتبر من أعمال التصرف ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة إذ انه الحجة التي يستند إليها الرأي القاتل بان الاستئجار من أعمال التصرف، لا تستقيم مع طبيعة القسمة فهذا الرأي يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما يدفعه وفي القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف في شيء لان الذي يقابل انتفاعه بجزء هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (منصور مصطفي ص١٣٦ السنهوري ص٨٢١)

ومن ثم فان الأهلية المطلوبة للمتقاسمين هي أهلية الإدارة، وتخضع سلطة من له الولاية على مال القاصر أو من حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهايأة للأحكام الخاصة بسلطته في التأجير. ويترتب على ذلك ما يلي :

١- انه لا يجوز القاصر المأذون له بالإدارة أن يباشر قسمة الأراضي الزراعية مهايأة لمدة تزيد على سنة، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي، تطبيقاً (للمادة ١/٥٦ من قانون الولاية على المال رقم ١٩٥٢/١١٩).

٢- انه لا يجوز للوصي قسمة أموال القاصر مهايأة، ويكون هو شريكاً في المال المتهايئ عليه أو زوجه أو أحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه، إلا بإذن من المحكمة، تطبيقاً لنص المادة (المادة ٣٩ خامس عشر من القانون ١٩٥٢/١١٩).

٣- انه لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهايأة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة، تطبيقا لنص المادة ١٠ من القانون ١٩٥٢/١١٩).

٤- انه لا يجوز للموصى أو القيم أو الوكيل العام أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات، إلا بترخيص من المحكمة الحسبية، أو من الأصيل، فإذا عقدت المهايأة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، تطبيقا لنص (المادة ٥٥٩ مدني) (والمادة ٣٩ سابعاً من القانون ١٩٥٢/١١٩) (راجع فيما تقدم السنهوري ص٨٢٦– محمد عبد الرحمن الضوئية ص٢٧٤ البكري ص٢٤٩).

٣- حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة :

تسرى على حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة أحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة وبناء عليه. يلتزم الشركاء جميعاً بالترميمات الضرورية، ويسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها هذه الترميمات (م ٥٦٧ مدني) أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذي اختص الجزء الذي يحتاج إلى الترميم (م٥٨٢ مدني) وتسرى أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التي اختص بها الشريك بمقتضى القسمة، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان. كما تسرى أحكام الإيجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما في ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند انتهاء مدة القسمة، وإلا كان غاصبا.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدني هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار، وإذا تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فان مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدني في الإيجار بان يرد العين المشتركة لشركائه بها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر" (طعن رقم ٦٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١).

ولا تسرى على قسمة المهاياة ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون الإصلاح الزراعي- إبان العمل بها – من أن : "يكون تأجير الأراضي الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشاركته فيها"، وما تنص عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من انه "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية : ...(ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا ... الخ " لان هذين النصين من النصوص الاستثنائية حيث قصد المشرع من النص الأول منع استغلال الوسطاء لصغار الفلاحين والقضاء على المضاربة في لإيجار الأراضي الزراعية، وقد من النص الثاني المحافظة على أن يتخذه وسيلة للاستغلال والربح بان يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير أو يتركه له بقصد الاستغناء عنه نهائيا، والغالب أن يكون ذلك بالإيجار مرتفع ارتفاعا فاحشا يثرى به على حساب المالك وهذان الأمران لا محل لهما في القسمة (عزمي البكري ص٥٠٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي اختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار – فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي اختص به إيجارا نافذا في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي استأجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فانه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير "(طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٦).

٤- إثبات قسمة المهايأة :

بموجب نص المادة ٨٤٨ مدني يخضع إثبات قسمة المهايأة بنوعيها للقواعد الخاصة بإثبات عقد الإيجار، والذي يخضع بدوره لحكم القواعد العامة في الإثبات الواردة بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢. وبناء على ذلك فيجوز إثبات قسمة المهايأة بالبينة والقرائن إذا كان ل القسمة لا تزيد قيمته على مائة جنيه، وبالكتابة وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (مادة ٦٠ من قانون الإثبات معدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢) هذا بالنسبة للقواعد العامة في الإثبات (محمد عبد الرحمن الضوينى في أحكام القسمة ص٢٧٢) ولكن إذ كان محل القسمة أرضا زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٦ – إبان سريأنها – التي تقضى بان: يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقداً ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضى زراعية ولو كانت لزرعه واحدة".

وإذا كان محل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فلا انطباق حكم المادة ٢٤ التي تنص على انه : "اعتباراً من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقاري الكائن بدائرتها العين المؤجرة ...ويجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات ... الخ".

والعلة في ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التي أراد القانون المذكوران محاربتها ولكن أيضا لان المستأجر هنا يعتبر مالكا من بعض الوجوه (أحمد سلامه ص٢٦٨ وما بعدها – جميل الشرقاوي ص١١٨ هامش (٣) وقارن منصور مصطفي منصور ص١٣٧وما بعدها) حيث يرى تطبيق نص المادة ٣٦ إصلاح زراعي على المهايأة الواقعة على أرض زراعية مؤيدا ذلك بقوله:

أولا: الواضح من عبارة نص المادة ٨٤٨ مدني أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الإثبات القواعد الخاصة بالإيجار، وإذا كان صحيحاً أن تنص المادة ٣٦ إصلاح زراعي وهو يقرر حكما استثنائيا، لم يكن موجوداً وقت وضع التقنين المدني، إلا أن أصول التفسير تؤدى إلى وجوب تطبيق أحكام الإيجار على المهايأة، سواء ما كان منها موجوداً وقت وضع التقنين المدني، وما يستجد بعد ذلك، فلا محل إذن للقول بان المشرع أراد إخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة في الإثبات.

ثانيا : لا يصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ إصلاح زراعي على أساس انه لا توجد مظنة استغلال الشركاء بعضهم البعض، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك، إذ انه يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة في شئون الزراعة وبالتالي لا يخلو تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة.

ثالثا : لا يصح القول أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة، إذ يمكن أن يطبق على الوجه الذي يلاءم طبيعة القسمة، وذلك بان تكون قسمة الأرض الزراعية محررة في عقد مكتوب من عدد من النسخ، بقدر عدد الشركاء، يضاف إليه نسخة تودع في مقر الجمعية الزراعية، وإذا امتنع أحد الشركاء عن توقيع العقد، وجب على غيره أن يبلغ ذلك إلى رئيس الجمعية، وعلى الجمعية عندئذ أن تتحقق بكل الطرق من قيام القسمة، فإذا ثبت لها قيامها كلفت الممتنع بتحرير العقد فإذا لم يذعن قامت بكتابة العقد وسلمت كل متقاسم نسخة واحتفظت لنفسها بنسخة، ويكون هذا العقد ملزما لسائر الشركاء، ولا تسمع أي دعوى ناشئة عن قسمة المهايأة إذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة.

القسمـــة القضائيـــة :

ويقصد بها القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى دعوى القسمة. أي أن القسمة القضائية يتم الجزء إليها إذا لم توجد قسمة اتفاقية صريحة أو ضمنية على النحو السابق حيث يكون لكل شريك الحق في الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بالقسمة (م١/٨٣٦ مدني) وكذلك فللمحكمة نفسها أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية إذا لم تأذن الوصي أو القيم أو الوكيل في التراضي على قسمة مال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، أو إذا آذنته ولكنها رفضت من بعد التصديق على عقد القسمة لعدم عدالته (م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال) فيلاحظ إذن أن القسمة القضائية تتم في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع أراء الشركاء على أجراء قسمة اتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوع فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية، فيرفع دعوى القسمة (م ١/٨٣٦ مدني).

(الحالة الثانية) إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب، فقد رأينا انه يستخلص من المادتين ١/٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية في فرضين:

(الفرض الأول) أن يستأذن الوصي أو القيمى أو الوكيل عن الغائب المحكمة في إجراء قسمة اتفاقية، فلا تأذن المحكمة، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية.

(الفرض الثاني) أن تأذن المحكمة مبدئيا في إجراء قسمة اتفاقية، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية (السنهوري ص٨٥٧).

دعــوى القسمــة :

وهي الدعوى التي يرفعها أحد الشركاء المشتاعين أو بعضهم إلي المحكمة طالبا فيها قسمة المال الشائع وخروجه من الشيوع.

الخصوم في دعوى القسمة القضائية:

١- المدعي في دعوى الخصم :

تنص المادة ٨٣٤ مدني علي انه "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا علي البقاء في الشيوع بمقتضي نص أو اتفاق .....".

وتنص المادة ١/٨٣٦ مدني علي انه "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلي من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

فيتبين من نصوص هذه المواد انه يجوز لأي شريك إذا لم يجمع الشركاء علي القسمة الاتفاقية أن يرفع دعوى القسمة فيكون هو المدعى ويجوز أن ترفع الدعوى من أكثر من شريك أو حتى جميع الشركاء عدا واحد إذا كان هو فقط من يرفض القسمة الاتفاقية وكانت المادة ٤٥٢ من القانون المدني السابق تقصر الحق في رفع دعوى القسمة علي (الشريك المالك) وكان مؤدي ذلك أن المشتري بعقد عرفي لحصة شائعة لا يكون له الحق في رفع هذه الدعوى، إذا لا يصبح شريكا مالكا إلا بتسجيل هذا العقد أو تسجيل الحكم الصادر بصحته و نفاذه أو تأشير به في هامش تسجيل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع.

أما في ظل القانون المدني الحالي، فقد أجازت المادة ٨٣٤ منه لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ولم تتطلب في هذا الشريك أن يكون مالكا، إلا أن نص المادة ٨٢٥ من ذات القانون يدل علي أن المراد بالشريك الذي عنته المادة ٨٣٤ سالفة البيان هو الشريك المالك إذ نصت علي انه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزا حصة كل منهم فيه، فهم شركاء علي الشيوع، ثم نصت المادة ٨٢٦ علي أن كل شريك في الشيوع يملك حصته مالكا تاما، مفاد ذلك أن المشرع يعني بالشريك، الشريك المالك دون حاجة إلي وصفه لذلك في النصوص اللاحقة ومنها نص المادة ٨٣٤.

فالمشتري لحصة شائعة لعقد عرفي، وان كانت له كافة الحقوق والدعاوى المتعلقة بالمبيع، فان ذلك لا يمتد للدعاوى التي تستند إلي حق الملكية كدعوى الاستحقاق، ودعوى ثبوت الملكية، ودعوى قسمة الملكية الشائعة، فتلك الدعاوى قاصرة علي المالك الذي اكتسب الملكية بموجب سبب من أسباب اكتسابها، فان كان المشتري لحصة شائعة لم يسجل عقده، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة وإلا وجب القضاء بعدم قبولها وله من تلقاء نفس المحكمة، لرفعها من غير ذي ثقة، كما لا يجوز اختصامه فيها كمدعى عليه وإلا كانت غير مقبولة بالنسبة له لرفعها علي غير ذي صفة.

وإذا اختصم الشريك المالك كمدعى عليه في دعوى القسمة، كان هو صاحب الصفة فيها دون المشتري منه الذي لم يسجل عقده، فان صدر الحكم قبل تسجيل عقد البيع، كانت القسمة نافذة في حق المشتري، إذا كان ممثلا في الدعوى في شخص البائع له، ويظل الجزء الذي اختص به الأخير بموجب القسمة مملوكا له حتى يتم تسجيل العقد فتنتقل ملكية هذا الجزء إلي المشتري ويلتزم البائع بتسليمه باعتباره هو ذات المحل الذي تضمنه عقد البيع وأصبح مفرزا بموجب حكم القسمة بعد أن كان شائعا قبل صدوره.

فان قام المشتري الحصة الشائعة بتسجيل عقد قبل صدور الحكم النهائي بالحسنة، اكتسب بذلك صفة الشريك المالك، ووجد إدخاله في الدعوى ليحاج بحكم القسمة، ويجوز الإدخال في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية، إذا لا يعتبر ذلك اختصاما لأول مرة في الاستئناف وإنما اختصاما لمن أصبح صاحب الصفة عند نظر الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية، باعتبار أن هذا المشتري كان يمثله الشريك المالي، فيكون للمشتري الحلول محله في الدعوى فور تسجيل عقده، لما يترتب علي هذا التسجيل من زوال صفة الشريك البائع واكتساب المشتري صفة الشريك المالك، بحيث أن صدر حكم القسمة بعد تسجيل عقد البيع، جاز للمشتري جحد حجيته وان يطلب قسمة جديدة، وهذا الحق قاصر عليه وحده دون باقي المتقاسمين، كما يجوز له قبوله والحلول محل البائع فيما اختص به.

فان ورد البيع علي حصة مفرزة، فان المشتري لها لا يعتبر شريكا مالكا في المال الشائع، وبالتالي ما يجوز له رفع دعوى القسمة أو اختصامه فيها سواء سجل عقده قبل صدور حكم القسمة أو لم يسجله، فان رفعها وجد القضاء بعدم قبولها لرفعها من غير ذي صفة وان رفعت عليه وجب القضاء بعدم قبولها.

والخلاصة أن دعوى القسمة لا تكون مقبولة إلا إذا رفعها الشريك المالك أو رفعت عليه، وان المشتري لم يصبح شريك مالكا إلا إذا اشتري حصة شائعة وقام بتسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ هذا العقد أو التأشير بهذا الحكم في هامش تسجيل صحيفة دعوى ونفاذ عقد البيع، قبل تسجيل القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "بيع الشريك في العقار الشائع قدرا مفرزا قبل إجراء القسمة بين الشركاء، لا يجعل المشتري- للتطبيق في للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني-شريكا في العقار الشائع، ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، ولا يلزم تمثيل في القسمة، حتى لو سجل عقد قبل القسمة" (نقض ١٩٨٤/١١/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٣٥-٢-١٨٩٤-٣٦١)

وبأنه من المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-انه إذا كان البيع منصبا علي جزء مفرز من العقار الشائع، وكان سابقا علي إجراء القسمة بين الشركاء، فان المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني-حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة-شريكا للعقار الشائع، ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة. ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء، فأنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها. ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين، من أنهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ويتحدد لهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه. فإذا وقعت قدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي البائع بتاريخ القسمة" (نقض ١٩٨١/١/٢٠ مجموعة محكمة النقض ٣٢-١-٢٣٥-٤٨).

كما قضت بأن "والمشتري بحصة شائعة في عقار بعقد مسجل هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بهذا العقار، فالقسمة التي تجري مع الشريك البائع لنصيبه في هذه الحالة لا يحتج بها علي المشتري الذي سجل عقده، قبل تسجيل حكم القسمة" (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٩٧ س٤١ق).

المالك لحصة شائعة تحت شرط فاسخ :

يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذي يملك حصة من المال الشائع تحت شرط فاسخ (حيث يعتبر مالكا، إلي أن يتحقق الشرط الفاسخ، فتزول ملكيته "المادة ٢٦٦ مدني"). وإذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء المشتاعين، وجب عليهم اختصامه في الدعوى (المادة ١/٨٤٢ مدني).

ولكن لا يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذي يملك حصة من المال الشائع تحت شرط واقف (حيث لا يعتبر مالكا إلا عند تحقق الشرط، ويصبح نافذا المادة ٢٦٦ مدني)، لأنه لا يملك سوى اتخاذ الإجراءات التحفظية (المادة ٢٦٨ مدني)، والقسمة لا تعد من الإجراءات التحفظية (المادة ٨٣٤ مدني).أما إذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء المشتاعين ولو من الشريك الذي يملك حصة تحت شرط فاسخ، فانه يجب اختصامه في الدعوى (المادة ١/٨٤٢ مدني) (السنهوري بند ٥٥٥ ص٨٢٥-محمد المنجي ص٨١ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أن الشريك في ملك شائع (الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة) لا يعتبر ممثلا للمشتري منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه، وانتقلت إليه بذلك ملكيته الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة" (نقض ١٩٨٢/١/٢٤ مجموعة محكمة النقض ٣٣-١-١٦٩-٣١)

٢- المدعى عليه في دعوى القسمة :

تنص المادة ٨٣٦ مدني في فقرتها الأولي علي انه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلي من يريد الخروج من الشيوع، أن يكلف الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية.

فيتبين من نص هذه الفقرة أن دعوى القسمة يجب أن ترفع من طالب القسمة علي جميع من عداه من الشركاء حيث أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك ولا ترفع إلا علي شريك فالمدعى عليه في دعوى القسمة هم جميع شركاء ما عدا المدعى، يستوي أن يكون الشريك أصليا أو طارئا، حتى من كان منهم من يملك تحت شرط فاسخ أو واقف (أحمد سلامة ص٣٨٤).

فجميع الشركاء يدخلون خصوما في الدعوى.:

وإذا لم يختصم المدعى في دعوى القسمة بجميع الشركاء في المال الشائع، بل اختصم البعض دون البعض، فله تضارب ذلك وان يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء. كما يجوز هذا الإدخال بناء علي طلب المدعى عليهم (المادة ١١٧ مرافعات) ويجوز أيضا للشريك الذي لم توجه إليه الدعوى أن يطلب التدخل فيها (المادة ١٢٦ مرافعات).

ويجوز أن تأمر المحكمة بإدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها (المادة ١١٨).

فإذا لم يتم اختصام بعض الشركاء من قبل المدعي،ولم يطلب الخصوم إدخالهم بعد رفع الدعوى، ولم يطلب الخصوم التدخل، ولم تأمر المحكمة بإدخالهم، فان الحكم الصادر في دعوى القسمة هذه لا يكون حجة على من لم يتدخل (جميل الشرقاوي ص١٧٨-إسماعيل غانم ص١٨٥-محمود جمال الدين ذكي ص١٦٠).

ولكن ليس للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى، أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، بحجة أن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء.

وذلك لان البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي، لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم، وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه (محمد عبد الرحمن الضويني في أحكام القسمة ص٤٣٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "القضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوقه، إذ فغير سديد القول بان دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص٨٨٣)وبأنه"الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً لمشترى منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة بل انتهاء إجراءات القسمة" (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص٦٣) وبأنه "وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم" (جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ق س٣٤ ص١٠٥١) وبأنه "النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدني على انه "إذا أختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية" والنص في المادة ٨٣٨ من هذا القانون على أن "تفصل المحكمة الجزئية ف المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا كانت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية وان يتعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات " يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادي، وان الاختصاص بالفصل فيما يرفع من طعون بالاستئناف عن الأحكام الصادرة ابتدائية من محاكم المواد الجزئية في دعاوى القسمة ينعقد للمحكمة الابتدائية بهيئة إستئنافية أيا كانت قيمة الدعوى" (جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٧٢ق)

وبأنه "والمشترى لحصة شائعة في عقار بعقد مسجل هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى لهذا العقار، فالقسمة التي تجرى مع الشريك البائع لنصيبه في هذه الحالة لا يحتج بها على المشترى الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة " (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٧٩ س ٤١ق) وبأنه " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري، انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم إلا انه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة، والغير في حكم المادة المذكورة، هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكا على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل سند القسمة، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها" (نقض ١٩٨١/٤/٢٨ طعن ١١٥٧ س ٤٧ق) وبأنه "للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض هذه العقارات، ،إذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا، ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة ذي الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشتركة، ذلك لان البيع يعتبر نافذا في القدر الذي يملكه البائع - والمشترى دون البائع هو الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة" (نقض ١٩٥٥/١٠/٢٠ س ٦ ص ١٣٧٥، ونقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ س ٢٦ ١٦٧٨).

كما قضت بأن "وقد أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكاً للعقار ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك - عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكاً للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه" (نقض ١٩٦٠/٤/٢١ طعن ٢٨٣ س ٢٥ ق) وبأنه "والبطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء في دعوى القسمة أو عدم مراعاة الإجراءات الواجب تباعها بالنسبة للشركاء القصر هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ طعن ١٩٤ س ٣٠ق).

(١) تحرير صحيفة الدعوى :

تنص المادة (٦٣) مرافعات على انه "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

١- اسم المدعي ولقبه و مهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه.

٢- اسم المدعي عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن موطنه معلوما فآخر موطن كان له.

٣- تاريخ تقديم الصحيفة.

٤- المحكمة المرفوعة إمامها الدعوى.

٥- بيان موطن مختار للمدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة أن لم يكن له موطن فيها.

٦- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها.

وعلى ذلك لا تعتبر الدعوى مرفوعة إلا بإيداع صحيفتها مستوفية بيانتها قلم كتاب المحكمة.

وتعتبر الدعوى مرفوعة من لحظة إيداعها قلم الكتاب وتترتب آثار رفع الدعوى من هذه اللحظة دون نظر للإجراءات السابقة لها أو الإجراءات اللاحقة عليها.

ولا تأثير لتراخي قلم الكتاب في قيد الدعوى على اعتبارها مرفوعة من وقت إيداع صحيفتها قلم الكتاب، إذ أن إجراء إيداع الصحيفة قلم الكتاب المنصوص عليه في المادة ٦٣ مرافعات منفصل عن إجراء قيد الدعوى المنصوص عليه في المادة ٦٧ مرافعات فإذا ما تم إيداع صحيفة الدعوى أو الطعن في الميعاد اعتبرت مرفوعة في الميعاد ولو تراخي قلم الكتاب في قيدها إلي ما بعد فواته (محمد كمال عبد العزيز في شرح قانون المرافعات ص٤٣٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المواد ٦٣، ٦٥، ٦٧، ٢٣٠ من قانون المرافعات يدل علي أن صحيفة الدعوى تعتبر مودعة بتقديمها إلي قلم كتاب المحكمة مع صورها وأداء الرسم كاملا، وبهذا يعتبر الاستئناف مرفوعا. إذ بأداء الرسم-بعد تقديره-يكون المستأنف قد تخلي تماما عن الصحيفة وصارت في حوزة قلم الكتاب وتحت سيطرته، وعليه أن يستكمل في شأنها ما ألزمته به المادة ٦٧ مرافعات من قيدها في السجل الخاص وتسليمها إلي قلم المحضرين لإعلأنها، وهو ما يدل علي الفصل بين عملتي إيداع الصحيفة وقيدها، يؤيد ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا علي المادة ٦٧ من انه "... ولما كان المشروع قد اعتبر الدعوى مرفوعة من يوم تقديم صحيفتها إلي قمل الكتاب، فانه لم يعد هناك محل لنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون القائم-الملغي-التي تجعل تقديم الصحيفة إلي قلم المحضرين قاطعا لمدة التقادم والسقوط.. ومن ثم فان الاستئناف يعتبر مرفوعا بمجرد تقديم صحيفته علي النحو المتقدم إلي قلم الكتاب ولو تراخي قيدها إلي اليوم التالي. لما كان ذلك

وكان يبين من الإطلاع علي الصورة طبق الأصل-الرسمية-من صحيفة الاستئناف المودعة ملف الطعن أن قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة قدر الرسم وقبضه بكامله وأثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظر الاستئناف علي صحيفته وتتابع كل ذلك في تاريخ واحد هو السادس من ديسمبر سنة ١٩٧٥ أي في اليوم الأربعين من تاريخ صدور الحكم المستأنف حضوريا وهو غاية ميعاد الاستئناف، فان الصحيفة تكون قد أودعت ويكون الاستئناف مرفوعا في الميعاد المنصوص عليه في المادة ١/٢٢٧ مرافعات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بسقوط الحق في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، إذ لم يقيد في السجل إلا في اليوم التالي لانقضاء الميعاد يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (١٩٨٢/٣/٣١ طعن ٢١١ سنة ٤٧ ق - م نقض م-٣٣-٣٦٠).

ويجب أن يتم إيداع الصحيفة قلم الكتاب في حضور المدعى أو الطاعن أو من يمثله فلا يكفي إيداعها بطريقة أخرى كإرسالها بالبريد أو بأي أسلوب آخر وإلا وقعت الإجراءات باطلة بطلانا يتعلق بالنظام العام.

وقد قضت محكمة النقض بأن "في شان أعمال المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ سنة ١٩٧٢ التي تنص-شأنها شان المادة ٦٣ مرافعات-علي أن الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة ترفع بعريضة تودع قلم كتاب محكمة النقض أن المقصود بالإيداع لا يتحقق إلا بحضور الطالب أو من ينيبه عنه قانونا أمام الموظف المختص بمحكمة النقض وان يث٣بت هذا الإيداع علي وجه رسمي. ولا يغني عن ذلك وصول الطلب إلي قلم الكتاب بالبريد أو بأي وسيلة أخرى" (١٩٧٩/١/١١ طعن ٧ سنة ٤٨ قضائية رجال القضاء –م نقض م-٣٠ العدد الأول-٥) أو تقديم الطلب إلي وزير العدل الذي أحاله إلي المحكمة (١٩٧٧/١١/١٧ طعن ٣٥/٧ سنة ٤١ رجال القضاء-م نقض م-٢٨-١١١) ولا يلزم فيمن ينيبه المدعى في إيداع الصحيفة أن يكون من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار وفقا للمادة ٧٢ مرافعات التي تشترط ذلك في شان الوكيل في الحضور من غير المحامين، وإذا كان الوكيل من المحامين فلا يلزم أن يكون مقيدا أمام درجة المحكمة التي قدمت إليها الصحيفة لان القيود التي فرضها قانونا المحاماة في هذا الصدد قاصرة علي الحضور أمام المحكمة أو التوقيع علي صحف الدعاوى والطعون ولم يفرضها في شان تقديم الصحيفة إلي قلم الكتاب وقد خلت المادة ٦٧ مرافعات من هذا القيد (نصر الدين في الدعوى وإجراءاتها بند ١١).

ويجب كذلك أن تشمل الصحيفة علي البيانات التي حددتها المادة ٦٣ مرافعات سالفة الذكر وهي:

١- اسم كل من المدعي والمدعي عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه والمقصود من تلك البيانات تحديد شخصية الخصم ومن ثم فان النقض أو الخطأ في بعضها لا يؤدي إلي البطلان مادام ليس من شانه التشكيك أو التجهيل بشخصه أو صفته (١٩٩٠/٦/٢٥ طعن ٤١ سنة ٥٥ ق -١٩٧٦/٤/١٢ طعن ٥٢٩ سنة ٤٠ ق)

٢- تاريخ تقديم صحيفة الدعوى إلي قلم الكتاب أي تاريخ إيداعها قلم الكتاب علي النحو الذي سبق أن أوردناه ويقع هذا الواجب علي قلم الكتاب بإثباته الصحيفة عند إيداعها به، غير أن بعض المحاكم الابتدائية والجزئية تغفل إثبات هذا البيان علي نحو مستقل واضح ونقترح أن ينظم العمل في هذه المحاكم علي نحو ما يجرى عليه بمحاكم الاستئناف من ختم أصل الصحيفة وصورها بخاتم يبين تاريخ الإيداع وقد قضت محكمة النقض بأن إغفال بيان تاريخ إيداع الصحيفة لا يترتب عليه البطلان (١٩٧٦/٤/٥ طعن ٣٠٩ سنة ٣٩ قضائية).

٣- بيان المحكمة المرفوعة فيها الدعوى ويترتب علي إغفال هذا البيان بطلان الصحيفة وان كان البطلان يزول بحضور المدعى عليه عملا بالمادة ١١٤ مرافعات، ولا يلزم بيان الدائرة التي تنظر أمامها الدعوى إذ اقتصر النص علي وجوب بيان المحكمة فقط (١٩٦٨/١١/٢٨ طعن ٤٦٩ سنة ٣٤ قضائية-م نقض م-١٩-١٤٤٠).

٤- بيان موطن مختار المدعى في البلدة التي بها مقر المحكمة إذ لم يكن له موطن أصلي بهذه البلدة، وقد هدف المشرع من وجوب هذا البيان تمكين الخصوم من إعلان المدعى بالأوراق المتعلقة بالدعوى في موطنه المختار الكائن بالبلدة التي تقع بها المحكمة مادام ليس له موطن أصلي فيها أي انه قصد به التيسير علي المدعى عليه ومن ثم فانه وان جاز للمدعى عليه التمسك بعدم الاحتجاج عليه به فانه لا يجوز للمدعى أن يحتج بعدم صحة إعلانه فيها (١٩٦٨/٤/٢٣ طعن ٣٧٤ سنة ٣١ قضائية-م نقض م-١٩-٨٢٩) ويغني عن بيان موطن مختار للمدعى بيان موطن وكيله في البلدة نفسها إذ تتحقق بذلك الغاية من البيان (١٩٧٦/٤/١٢ طعن ٥٢٩ سنة ٤٠ ق) ولا يحتج عي المدعى عليه بتغيير المدعى لموطنه المختار المبين بالصحيفة إلا إذا أخطر به (١٩٨٠/٤/٢١ طعن ١٣٣٩ سنة ٤٧ ق-م نقض م-٣١-١١٧٣).

٥- وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها: ويقصد بذلك بيان محل وسبب الدعوى ويجب أن يكون البيان محددا وكافيا وإلا كانت الصحيفة باطلة (١٩٨٦/٢/٢٠ طعن ١١٨٤ سنة ٥٢ قضائية-م نقض م-٣٧-٢٤٦) ولكن لا يلزم بيان الأدلة التي يستند إليها المدعى في إثبات ادعائه إذ اسقط النص لفظ "وأدلتها" الذي كان يتضمنه النص المقابل في التقنين السابق، ويلاحظ انه لا يترتب البطلان علي عدم أداء الرسم المستحق (١٩٧٦/٥/٢٢ طعن ٨٠٨ سنة ٤٣ ق).

ويترتب علي مخالفة طريقة رفع الدعوى المنصوص عليها في القانون، بطلان العمل بطلانا يتعلق بالنظام العام لتعلقه بأسس التقاضي (١٩٧٧/٥/٢٧ طعن ٨٠١ سنة ٤٣ قضائية- م نقض م-٢٨-١٥٠٨-١٩٨٩/٦/١٩ طعن ٧٦٣ سنة ٥٣ قضائية)وان كان التمسك بذلك يعتبر في حقيقته دفعا بعدم قبول الدعوى لعدم إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦٣ مرافعات (١٩٧٨/٦/١٤ طعن ٢٠٣ سنة ٤٣ ق -م نقض م-٢٩-٤٦٢).

كما يترتب علي الحكم ببطلان الصحيفة إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة وزوال كل ما يترتب عي إيداعها من آثار واعتبار الخصومة لم تنعقد (١٩٩١/١٢/١ طعن ١٦١ سنة ٥٥ ق-١٩٧٣/٥/١٥ طعن ١١٥ سنة ٣٨ ق-م نقض م-٢٤-٧٤٨) وإذا قضت محكمة ثاني درجة ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بطلان إعلانها إلي المدعى عليه وجب عليها أن تقف عند الحكم بالبطلان دون أن يكون لها التصدي للقضاء في الموضوع (١٩٧٧/٥/٣٠ طعن ٤١٩ سنة ٤٣ ق-١٩٧٣/٥/١٥ طعن ١١٥ سنة ٣٨ ق-م نقض م-٢٤-٧٤٨-١٩٦٤/١١/٥ طعن ٥١٥ سنة ٢٩ ق-م نقض م-١٥-١٠٠٣).

(٢) سداد الرسوم القضائية للدعوى :

تنص المادة ٦٥ من قانون المرافعات علي انه "علي المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدي الرسم كاملا وان يقدم لقلم كتاب المحكمة صورا من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب. وعليه أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة.

وعلي المدعى عليه في جميع الدعاوى عدا المستعجلة والتي انقص ميعاد الحضور فيها أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام علي الأقل.

ولا يقبل دعوى صحة التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها. فالمشرع قد اوجب علي المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدي الرسم المستحق عليها كاملا.

كيفية تقدير رسوم دعوى القسمة :

تقدر الرسوم القضائية لدعوى القسمة علي النحو التالي:

يفرض رسم نسبي (أي نسبة معينة في المائة) على دعاوى القسمة القضائية معلومة حسب الفئات الآتية:

٢٪ لغاية ٢٥٠ جنيها.

٣٪ فيما زاد علي ٢٥٠٢ جنيها حتى ٢٠٠٠ جنيه.

٤٪ فيما زاد علي ٢٠٠٠ جنيه حتى ٤٠٠٠ جنيه.

٥٪ فيما زاد علي ٤٠٠٠ جنيه (المادة الأولي من القانون رقم ١٩٤٤/٩٠ الخاص بالرسوم القضائية في المواد المدنية، المعدل بالقانونين ١٩٦٤/٦٦و ١٩٩٢/٢٣ والقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٩ وتخفض الرسوم إلي النصف في دعاوى القسمة بين الشركاء المادة ٦ من ذات القانون).

ولا تحصل الرسوم النسبية علي أكثر من ألف جنيه في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها علي أربعين ألف جنيه.

ولا تحصل الرسوم النسبية علي أكثر من ألفي جنيه في الدعاوى التي تزيد قيمتها علي أربعين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه.

ولا تحصل الرسوم النسبية علي أكثر من خمسة آلاف جنيه في الدعاوى التي تزيد قيمتها علي مائة آلف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه.

ولا تحصل الرسوم النسبية علي أكثر من عشرة آلاف جنيه في الدعاوى التي تزيد قيمتها علي مليون جنيه.

وفي جميع الأحوال، يستوي الرسم علي أساس ما حكم به (المادة ٩٥ من قانون الرسوم القضائية معدلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٩).

ويجب علي قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة نوعيا ومحليا بنظر دعوى القسمة القضائية، رفض قبول صحيفة الدعوى، إذا لم تكن مصحوبة بما يدل علي أداء الرسم المستحق كاملا. كذلك يجب علي قاضي تلك المحكمة أن يستبعد الدعوى من جدول الجلسة، إذا تبين له عدم أداء الرسم (المادة ١٣ من ذات القانون) وإذا انتهي النزاع صلحا بين الطرفين في دعوى القسمة القضائية، وأثبتت المحكمة ما اتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة، أو أمرت بإلحاقه بالمحضر طبقا للمادة ١٠٣ مرافعات-قبل صدور حكم قطعي في مسألة فرعية أو حكم تمهيدي في الموضوع-فلا يستحق علي الدعوى إلا نصف الرسوم الثابتة أو النسبية. وتحسب الرسوم النسبية في هذه الحالة علي قيمة الحصة محل القسمة، ما لم يتجاوز المتصالح عليه هذه القيمة. فتحصل الرسوم علي قيمة المتصالح عليه بالكامل، أي تحصل الرسوم علي قيمة الحصة أو قيمة المتصالح عليه أيهما أكبر (المادة ٢٠).

وإذا تم التصالح بين المدعى والمدعى عليه في دعوى القسمة القضائية في الجلسة الأولي لنظرها، وقبل المرافعة أمام المحكمة الجزئية المختصة نوعيا ومحليا، فلا يستحق علي الدعوى إلا ربع الرسم المسدد (المادة ٢٠ مكررا).

وتسوى قيمة دعوى القسمة القضائية علي أساس قيمة الحصة أو الحصص المراد فرزها، إذا وجدت حصص غيرها لشركاء آخرين علي الشيوع. وإذا كان العقار مشتركا بين شريكين فقط، وطلب أحدهما القسمة، قرر الرسم علي حصة كل منهما.

وإذا رفعت الدعوى بطلب قسمة حصة في عقار مشترك، وبيعه عند تعذر إجراء القسمة، قرر الرسمي النسبي علي ثمن العقار كله، ويشمل هذا الرسم جميع إجراءات البيع، فيما عدا رسم رسو المزاد، فيستحق عليه الرسم المقرر في المادة ٤٤ من قانون الرسوم القضائية.

وإذا رفعت الدعوى بطلب قسمة حصة في عقار مشترك، وفي أثناء سير الدعوى طلب المدعى عليهم كلهم أو بعضهم فرز حصتهم أيضا، قدر الرسم علي الحصص المطلوب فرزها، باعتبارها منضمة لحصة أو حصص المدعين. وإذا كان الباقي من العقار حصة شريك واحد، قدر الرسم في هذه الحالة علي قيمة العقار كله (المادة ٧٥ ثامنا وتاسعا وعاشرا).

وقد قضت محكمة النقض بأن "علي المحكمة-طبقا للمادة الثالثة عشر من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية-أن تستبعد القضية من جدول الجلسة إذا لم تسدد الرسوم المستحقة عليها بعد قيدها" (نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ مجموعة محكمة النقض ٢١-٢-٩٣٣-١٤٩) وبأنه "عدم أداء الرسم المستحق علي الدعاوى-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-لا يترتب عليه البطلان، لما هو مقرر من أن المخالفة المالية في القيام بعمل لا ينبني عليها بطلان هذا العمل، ما لم ينص القانون علي البطلان عن هذه المخالفة. وإذ تقضي المادة ٢/١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤، المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤، بشان الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، بان تستبعد المحكمة القضية من جدول المحكمة، إذا تبين لها عدم أداء الرسم، ودون أن يرد بالنص البطلان جزءا عدم أداء الرسم. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلي أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شان قلم الكتاب لا يكون معيبا بالبطلان" (نقض مدني ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة محكمة النقض ٢٤-١-١٤٤-٢٧) وبأنه "مفاد نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشان الرسوم القضائية في المواد المدنية، معدلة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٦-وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض-أن استحقاق نصف الرسوم علي الدعوى عند انتهائها صلحا، مشروط بألا يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح حكم قطعي فيها، في مسألة فرعية أو حكم تمهيدي في الموضوع" (نقض ١٩٧١/٣/٩ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-٢٦٢-٤٢، نقض ١٩٦٧/٣/٧ مجموعة محكمة النقض ١٨-٢-٥٧١-٨٩).

(٣) تجهيز المستندات الواجب إرفاقها بصحيفة الدعوى :

هناك مستندات يجب إرفاقها بصحيفة الدعوى وأهم هذه المستندات علي الإطلاق هي السند القانوني لملكية الشريك المتقاسم. الذي قد يكون عقد بيع مسجل أو عقد بيع ابتدائي محكوم بصحته ونفاذه أو ميراث شرعي أو وضع يد أو إيجار

وسوف نعرض لذلك بالتفصيل علي النحو التالي:

١- عقد البيع المسجل :

قد يكون السند القانوني لملكية الشريك المتقاسم هو عقد بيع مسجل وحينئذ يتعين إرفاقه بصحيفة الدعوى ويمكن تعريف عقد البيع المسجل بأنه العقد الذي من شانه أن ينقل للمشتري ملكية حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية في مقابل ثمن نقدي (م٤١٨ مدني). ويتم شهره بطريق التسجيل وفقا لإجراءات وقواعد وأحكام الشهر العقاري.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان مؤدي نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقي الملكية علي ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلي وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية، دون أي حق فيها، وانه ليس ثمة ما يمنع من صدور عقدي بيع عن عقار واحد، علي أن تكون المفاضلة بين المتنازعين علي الملكية مؤسسة علي أسبقية التسجيل. ما كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه، أن عقود شراء الطاعنة، والمطعون ضدهم الأربعة الأول لذات العقار غير مسجلة، فانه لا تفضيل لأي منهما علي الآخر، إذ أن الملكية مازالت علي ذمة المتصرف. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضي بصحة ونفاذ عقود المطعون ضدهم الأربعة الأول، فانه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون النعي عليه بهذا السبب علي غير أساس" (نقض ١٩٨٤/٤/١٩ طعن رقم ١٩٨٥ لسنة ٥٠ق).

حيث أن هذا النعي غير سديد، ذلك بأنه من المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقي الملكية علي ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه-في الفترة من تاريخ التعاقد إلي وقت التسجيل-سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها.

لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي الذي اعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه قد واجه دفاع الطاعن بعدم تنفيذ عقد المقايضة موضوع النزاع، منتهيا إلي رفض هذا الدفع بقوله "وحيث انه عن دفاع المدعى عليها الأولي بان المدعى عليه الثاني قد باع أطيانه التي قايض بها إلي آخرين بموجب عقود عرفية.. وأنها قد باعت أطيأنها التي قايضت عليها الخصم المتدخل بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٣١، وهو سابق لتاريخ عقد المقايضة، فان ذلك مردود بان العبرة في نقل ملكية المبيع الصادر عنه أكثر من عقد بيع أو مقايضة من مالك حقيقي واحد هو بالأسبقية في نقل ملكية العقد.

لما كان ذلك، فان ملكية الأطيان التي قايض بها المدعى عليه الثاني لم تزل له، طالما لم تشهر عقود البيع العرفية الصادرة منه عنها سنة ١٩٦٩. كما أن ملكية المدعى عليها الأولي للأطيان التي باعتها للخصم المتدخل لم تزل لها، إذ الأخير لم يشهر عقد البيع العرفي الصادر له منها بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٣١.

وإذا كان البين مما أورده احكم انه استخلص أن ملكية الأرض الزراعية محل عقد المقايضة لا تزال باقية وعالقة بذمة طرفي هذا العقد لعدم شهر التصرفات الصادرة من كل منهما إلي آخرين، وهو ما رتب عليه الحكم قضاءه بصحة ونفاذ عقدي المقايضة موضوع النزاع لانعقادها صحيحين ونافذين بين أطرافها. وكان ما خلص إليه الحكم مستمدا مما له أصل ثابت بالاوراق ويتوافق مع صحيح القانون، ويحمل ردا كافيا علي الدفع بعدم التنفيذ، فان النعي عليه بهذا السبب يكون علي غير (طعن ٢٩٤٥ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٩٠/٢/٢٢، مجموعة محكمة النقض ٤١-١-٤١٠-٧٤ نقض ١٩٩٠/٢/١، طعن ٦٧ لسنة ٥٦ق نقض ١٩٩٠/٤/٢٢).

٢- عقد بيع ابتدائي محكوم بصحته ونفاذه:

قد يكون عقد البيع الابتدائي هو السند القانوني لملكية الشريك المتقاسم وفي هذه الحالة بتعيين إرفاقه بصحيفة الدعوى ويمكن تعريف "عقد البيع الابتدائي" بأنه عقد البيع غير المسجل (non transcript) ولا يقصد به "مشروع عقد البيع" أي المفاوضات التي تسبق البيع عادة، لمعرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر. ولا يقصد به "الوعد بالبيع" الذي ينصب الإيجاب فيه علي الوعد لا علي البيع. فإذا قبله الطرف الآخر تم عقد الوعد الملزم، ويلتزم الواعد بمقتضاه ببيع شئ إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة (المادة ١٠١ مدني). ولا يقصد به "البيع بالعربون" الذي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد، أما دلالة علي حقهما في العدول عن إتمام العقد، وإما للدلالة علي أن العقد قد تم نهائيا، وذلك حسب نية المتعاقدين (المادة ١٠٣ مدني).

وإنما المقصود به هنا عقد البيع الابتدائي الملزم للجانبين، الذي يتفق فيه الطرفان علي جميع شروط البيع، مع تحديد أجل لتحرير عقد البيع النهائي. والغرض من هذا الأجل هو منح البائع مهلة لتجهيز مستندات الملكية أو الحصول علي إذن المحكمة الحسبية-وكذلك منح المشتري مهلة لتجهيز الثمن المتفق عليه، والتأكد من أن المبيع غير مثقل بأية حقوق أو تكاليف عينية. فإذا حل الأجل المحدد لتحرير عقد البيع النهائي، وتأخر أو امتنع البائع عن تحريره أو التوقيع عليه، جاز للمشتري الالتجاء إلي القضاء للحصول علي حكم بصحة التعاقد، فإذا سجله فانه يقوم مقام عقد البيع المسجل (المؤلف في عقد البيع الابتدائي- الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل-(طبعة فريدة ٢٠٠٢ ص٥٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "ان وصف العقد بأنه عقد ابتدائي-أخذا بالعرف الذي جرى علي إطلاق هذا الوصف علي عقود البيع التي لم تراع في تحريرها الاوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل-ذلك لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما، متى كانت صيغته دالة علي أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به علي وجه قطعي لا يقبل العدول" (نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ مجموعة القواعد القانونية ١-٧١٤-٥٢)

وعقد البيع الابتدائي المحكوم بصحته ونفاذه لا ينقل الملكية ولا يرتب أي أثر قانوني في نقل الملكية قبل تسجيله عن طريق التأشير به في هامش صحيفة دعوى صحة التعاقد :

وقد قضت محكمة النقض بأن "القضاء بشطب تسجيل المشتري لعقده-قبل التأشير علي هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر، صادر عن ذات الأطيان المبيعة، والمسجلة في تاريخ سابق علي تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه-هو قضاء سابق لاوانه، وفيه مخالفة للقانون، حتى لو قضي للمشتري الآخر بصحة ونفاذ التعاقد. ذلك أن الحكم بشطب التسجيل لا يكون إلا بعد نفاذ الحكم بصحة التعاقد، والتأشير بذلك فعلا علي هامش صحيفة تلك الدعوى. وما لم يحصل هذا التأشير، لا يكون للحكم بصحة التعاقد أي حجية لتسجيل العقد" (نقض ١٩٥٧/٦/١٣ مجموعة القواعد القانونية ٣-٣-٤٠٣-٨٠)وبأنه "وأوجبت المادة الأولي من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (المادة ٩ من القانون ١٩٤٦/١١٤) تسجيل جميع العقود التي من شأنها انشاء حق الملكية، أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره. ومؤدي ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلي المشتري إلا بالتسجيل، وإلي أن يتم هذا التسجيل يبقي البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار. ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع.

وكان البين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه، أن دعوى القسمة رفعت علي الطاعنين من المطعون عليه الثاني، الذي كان مالكا العقار-والشريك الواجب اختصامه. وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الإرثية في هذا العقار، وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، لا يترتب عليه نقل الملكية، إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى. فإن احكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، يكون قد أخطأ في القانون، بما يستوجب نقضه (نقض ١٩٦٠/٤/٢١ مجموعة محكمة النقض ١١-٢-٣٢٤-٤٩)وبأنه "اعتبار تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع حجة علي من ترتبت لهم بعده حقوق علي ذات المبيع، توقفه علي صدور الحكم فعلا بصحة العقد، والتأشير بمنطوقة في هامش ذلك التسجيل (نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٢ق، نقض ١٩٧٤/١/٢١ مجموعة محكمة النقض ٢٥-١٢٦٠-٢١٤).

غير أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد وحده لا يكفي فلابد من تسجيل احكم الصادر فيها :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يكفي لنقل الملكية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، ما لم يصدر حكم بذلك، ويؤشر به وفقا للمادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، إذ في هذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى" (نقض مدني ١٩٧٧/٦/٢٨ مجموعة محكمة النقض ٢٨-١-١٥٣٢-٢٦٦، نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة محكمة النقض ٢١-٢-٦٧٧-١٠٩).

٣ - شهر حق الإرث :

قد يكون سند ملكية المدعى طالب القسمة هو الميراث الشرعي وحينئذ يتعين إرفاق شهر حق الإرث بصحيفة الدعوى.

وحق الإرث عبارة عن شهادة بشهر الميراث الشرعي المتخلف عن المورث، عن طريق تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة للميراث الشرعي، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، حتى يتم هذا التسجيل، لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق (م١٣ شهر عقاري) .

وتنص المادة (١٣) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على انه :

" ١- يجب شهر حق الإرث، بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية، أو الأحكام النهائية، أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة، إذا اشتملن على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق .

٢- ويجوز أن يقتصر شهر حق الإرث، على جزء من عقارات التركة، وفي هذه الحالة يعتبر ها الجزء وحدة يبني على أساسها تصرفات الورثة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، أن المشرع لم يجعل من شهر حق الإرث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك، لحين شهر حق الإرث، وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة منذ وقت وفاة المورث، باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها من الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على وفاة المورث.

واكتفى المشرع في مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث، بمنع شهر أي تصرف يصدر من الوارث في أي عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته" (نقض مدني ١٩٦٦/١١/١ مجموعة محكمة النقض ١٧-٤-١٥٩٩-٢٢٤)

ويختص بشهر حق الإرث مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته العقارات الواردة بقوائم جرد التركة دون غيره. وإذا كانت العقارات واقعة في دائرة اختصاص مكاتب متعددة، وجب شهر حق الإرث في كل مكتب منها، ولا يكون لشهر حق الإرث في أحد المكاتب أثره، إلا بالنسبة إلى العقارات وأجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاصه (م٥). ويقع عبء شهر حق الإرث على البائع الذي تلقى ملكية العقار المبيع عن طريق الميراث الشرعي، فعلى البائع أن يقوم بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة.

وبالنسبة لحجية شهر حق الإرث في قبول طلب تسجيل عقد القسمة الرضائية، فالمقرر قانونا أن قبول طلب شهر هذا المحرر، يقتضي إثبات أصل ملكية المورث أو البائع، وانه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني، إلا المحررات التي سبق شهرها، وبناء على ذلك فان شهر حق الإرث يقوم حجة في إثبات ملكية المورث أو البائع، باعتباره من المحررات التي سبق شهرها (م٢٣) وبالتالي يؤدي الى قبول تسجيل عقد القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "قبول طلب شهر المحرر يقتضي إثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف، ولا يقبل في إثبات ذلك إلا اوراق معينة منصوص عليها في قانون الشهر العقاري والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أن "لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية وفقا للمادة السابقة، إلا المحررات التي سبق شهرها، ثم اوردت طائفة أخرى من الاوراق، ليس من بينها المحررات المؤشر بصلاحيتها، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون. وطبقا للمادة السادسة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، يتعين على من آلت إليه ملكية عقار أو حصة فيه أو حق انتفاع، أن يقوم بشهر حقه، طبقا للإجراءات والقواعد المقررة في شان حق الإرث في القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦. وإذ كان ذلك لم يحدث، لا يكفي مجرد التأشير على مشروع المحرر من مأمورية الشهر العقاري بصلاحيته للشهر، فان الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر، وذهب إلى أن حق الطاعن وباقي البائعين في المطالبة بباقي الثمن، لا يتأتى إلا بعد قيامهم بتنفيذ التزامهم بشهر أنهاء الوقف وعقد القسمة، فلا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور (نقض مدني ١٩٧٨/٢/٢٣ مجموعة محكمة النقض ٢٩-١-٥٨٠-١١٣).

٤- إشهاد الوفاة أو الوراثة:

من المستندات التي يجب إرفاقها كذلك بصحيفة الدعوى إشهاد الوفاة والوراثة إذا كانت هي سند ملكية الشريك المتقاسم.

٥- محضر جرد التركة:

أيضا من الاوراق التي ممكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة دعوى القسمة محضر جرد التركة.

ويقصد بمحضر جرد التركة، المحضر الذي يتضمن مفردات التركة وتقويمها على وجه التحديد، وذلك بعد حصر الأموال الذي يعقب الوفاة مباشرة، ويبين أموال المتوفي الدائنة والمدينة، ويكون بناء على طلب من يدعى الإرث في التركة أو غيره من أصحاب الشأن. (المادتان ٩٥٤، ٩٦٤ مرافعات).

ويشتمل محضر جرد التركة على البيانات العامة، وعلى الآتي :

١- دعوى ذوي الشأن لحضور الجرد، وحضور من حضر منهم وأقواله .

٢- بيان اوصاف الأشياء، وتقدير قيمتها بالدقة، واسم الخبير الذي قام بهذا التقدير .

٣- بيان نوع ما يوجد من معادن، والأحجار الثمينة، والحلى ووزنه وعياره، وبيان ما يوجد من النقود ونوعه وعدده .

٤- بيان الأسهم والسندات التي للتركة أو عليها، وترقم الاوراق ويؤشر على كل منها، ما لم يكن مؤشرا عليها من قبل، ويملأ ما يكون في الصفحات المكتوبة من بياض بخطوط ميسرة (م٩٦٥ مرافعات).

ويلاحظ انه قد يسبق جرد التركة وضع الأختام واتخاذ الإجراءات التحفظية على أعيان التركة (المادتان ٩٥٤، ٩٥٥ مرافعات) وتبدو أهمية هذه الإجراءات في أن بعض الورثة أو غيرهم، قد يحاول عقب الوفاة إخفاء بعض أموال التركة، كذلك الأمر في حالة ما إذا تقدم طلب بتوقيع الحجر أو إثبات الغيبة، فقد يحاول المطلوب الحجر عليه أو الوكيل عن الشخص المدعى بغيبته إجراء بعض التصرفات، التي تؤدي الى الإضرار بأموال المطلوب الحجر عليه أو المطلوب إثبات غيبته. (المستشار الدكتور / محمد كمال حمدي في الولاية على المال، طبعة ١٩٨٧ ص٢٩٩).

والإذن بجرد التركة يصدر بأمر رئيس محكمة الأسرة على عريضة وذلك بصفته قاضياً للأمور الوقتية.

ويقوم بحرير محضر جرد التركة كاتب محكمة الأسرة .

أما عن حجية محضر جرد التركة في إثبات ملكية المال الشائع محل عقد القسمة الرضائية، فنرى أن هذا المحضر ليس بذاته دليلا على الملكية، تأسيسا على أن القانون قد حدد أسباب كسب الملكية على سبيل الحصر (وهي عقد البيع - الإرث - الوصية - الشفعة - الحيازة - محضر رسو المزاد) وليس من يبين هذه الأسباب محضر جرد التركة، وبناء على ذلك فان هذا المحضر لا يعدو أن يكون مجرد قرينة بسيطة على الملكية تتساند مع غيرها من القرائن. طالما أن المقرر قانونا أن استنباط القرائن القضائية من إطلاقات محكمة الموضوع، متى أقامت قضاءها على قرائن سائغة متساندة لا يقبل الجدل في كفاية كل قرينة على حدة (نقض مدني ١٩٨٦/٥/٥ طعن ٤٢٤ لسنة ٥٣ق، نقض مدني ١٩٨٦/٤/١٦ طعن ٥ لسنة ٥١ق).

٦- حجة الوقف :

وهي أيضا من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة الدعوى.

ويقصد بحجة الوقف الإشهاد الشرعي الخاص بانشاء الوقف بنوعيه الخيري والأهلي، وذلك بقانون الوقف ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (المواد ١، ٢، ٣) المعمول به في ١٩٤٦/٦/١٧، ثم اقتصاره على الوقف الخيري بعد سنة ١٩٥٢، وبعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، الذي يتضمن مصارفه وشروطه (المواد ١، ٢، ٣)، وكان يختص بسماعه رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية قبل سنة ١٩٥٥، ثم رئيس المحكمة الابتدائية الوطنية بعد سنة ١٩٥٥ ـ ثم محكمة الأسرة الواقع بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة (المادتان ١٣ق ١ لسنة ٢٠٠٠، ١/١٠ ق ١٠ لسنة ٢٠٠٤).

وبالنسبة إلى حجية الوقف، فهي تحمي الوقف الخيري من تملكه بالتقادم، أو كسب أي حق عيني عليه بالتقادم، منذ صدور التعديل التشريعي الأول الوارد على المادة ٩٧٠ من القانون المدني، الحاصل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، المعمول به في ١٩٥٧/٧/١٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، انه من الواجب توفر نية التملك لدى الحائز لحماية يده بدعوى منع التعرض، لازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم، فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الاوقاف الخيرية التي منع المشرع تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، بما نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون المدني، المعدلة بالقانونين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، ٣٩ لسنة ١٩٥٩، بما يتعين معه على المحكمة في دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار، حول ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية بمنع التعرض لها أم لا، وكان لا يجوز للمدعى في دعوى الحيازة أن يستند إلى أصل الحق. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنين، على ما ثبت له من أطيان النزاع موقوفة، وقفا خيريا، بما يجعل الدعوى غير مستندة الى حيازة يحميها القانون، فانه يكون قد التزم صحيح القانون، ويكون النعى عليه بهذين الوجهين على غير أساس" (نقض مدني ١٩٨٢/٢/١٨ طعن ١٤١٦ لسنة ٤٧ق).

٧- قرار لجنة قسمة الأعيان التي انتهي فيها الوقف الأهلي:

كذلك من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة دعوى القسمة قرار لجنة قسمة الأعيان التي انتهي فيها الوقف الأهلي .

ويقصد به القرار الذي يصدر من (لجنة القسمة) المختصة بإجراء قسمة الأعيان التي انتهي فيها الوقف، بين ذوي الشأن المستحقين من غير الخيرات، ثم فرز حصة الخيرات فيها، ويصدر بتشكيلها ومكان انعقادها قرار من وزير الاوقاف (المادتان ٢، ٤ من قانون ٥٥ لسنة ١٩٦٠) وتقوم لجنة الاعتراضات بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من اوجه الاعتراض على القسمة، سواء أكان ذلك خاص بتقدير انصبة المستحقين أو بتقويم أعيان الوقف، ويصدر بتشكيلها قرار من وزير الاوقاف (م ١٠) وتعتبر القرارات النهائية للجان القسمة بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين أصحاب الشأن، وتشهر في مصلحة الشهر العقاري (م ١٢).

أما حجية قرار لجنة قسمة الأعيان التي انتهي فيها الوقف، فان المقرر قانونا أن القسمة ليست إجراء منشئا لملكية الأراضي الموقوفة، بل إجراء كاشف عن حق مقرر، من قبل صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإلغاء الوقف على غير الخيرات .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "إذا كان نصيب الطاعن في الوقف مجهلا غير معلوم، بسبب عدم فسخه عقد العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١، فان ذلك لا يمس حقوق الطاعن، ولكنه يؤثر فقط في تحديد المساحة التي تستولى عليها الحكومة مكانا وقدرا، وإذا صح ما ينعيه الطاعن على التقدير المطعون فيه، من اعتباره أن القسمة التي تمت بين المستحقين سنة ١٩٤٨ قسمة نهائية، في حين أنها كانت قسمة إدارة واستغلال، فان هذا التجريح للقرار لا ينال من حقيقة أن أطيان الوقف أصبحت ملكا حرا ملكية تامة منذ هذا التاريخ، حتى لو لم يتم قسمته إلا في سنة ١٩٦٣. والطاعن عن نفسه يقر في المذكرة التكميلية التي يقدمها للمحكمة، بان ملكيته لنصيبه في الوقف انشأها القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ولم يقررها له، وقد زالت بذلك صفة الوقف عن هذه الأطيان منذ صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وأصبحت قسمتها تنصب على ملك حر مملوك للمستحقين، وتتولاه لجنة القسمة، وليس في قيام هذه اللجنة بمهمة قسمة الأعيان، ما يؤثر على تكييف طبيعتها بأنها ملك حر للمستحقين من سنة ١٩٥٢" (المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٥/١/١٤ طعن ٣٠ لسنة ١٨ق).

وقد قضت محكمة النقض بأن "١- إذا كان طلب إجراء القسمة بين المستحقين في الوقف، لا ينصب على أصل الحق، ولا يمنع من رفع الدعوى به أمام المحكمة المختصة، ومن ثم فلا أثر لهذا الطلب في قطع مدة التقادم المكسب. ٢- الإقرار – الذي تنقطع به هذه المدة (مدة التقادم المكسب) – يجب أن يبين منه بجلاء، أن إرادة الجائز اتجهت الى النزول عن الجزء الذي انقضى من مدة التقادم قبل صدوره. ٣- قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة، تأسيسا على أن تقديمها طلبا الى لجنة القسمة بوزارة الاوقاف لقسمة أعيان الوقف، وإقامتها دعوى بطلب تعيينها حارسة قضائية على الأعيان، تنقطع بهما مدة التقادم، ودون بيان دلالة الدعوى الأخيرة على اتجاه إرادة الطاعنة قبل رفعها، الى النزول عن الجزء المنقضى من المدة. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه وقصور مبطل" (نقض مدني ١٩٩٩/١٢/٢٨ طعن ٤٩ لسنة ٦٢ق).

مما تقدم يتضح أن مجرد طلب إجراء القسمة بين المستحقين في الوقف، لا ينصب على أصل الحق، ولا يمنع من رفع الدعوى به أمام المحكمة المختصة، ولا أثر له في قطع مدة التقادم المكسب .

٨- حكم بثبوت ملكية المورث عن طريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية:

وهو من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة دعوى القسمة.

فتنص المادة (٩٦٨) مدني على أنه :

"من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحص خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته – دون انقطاع – خمس عشرة سنة".

فيتضح من هذه المادة أن وضع اليد المدة الطويلة، عن طريق حيازة المورث للعقار – دون انقطاع – مدة ١٥ سنة، يعد سببا لكسب الملكية وبالتالي يعفي واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر الملكية وصحة سندها ويجوز لوارث (واضع اليد) باعتباره خلفا عاما له، أن يضم الى حيازته حيازة سلفه، في كل ما ي رتب القانون على الحيازة من آثار، ومنها التملك بالتقادم المكسب، فليس هناك ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل، على انتقال حيازة العين إليه، وتكون حيازته في هذه الحالة امتداد لحيازة سلفه البائع له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "وضع اليد المدة الطويلة، إذا توافرت فيه الشروط القانونية – يعد بذاته سببا لكسب الملكية، مستقلا عن غيره من أسباب كسبها، ويعفي واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم دليل على مصدر الملكية وصحة سندها – ويجوز للمشتري باعتباره خلفا خاصا للبائع، أن يضم الى حيازته حيازة سلفه، في كل ما يرتب القانون على الحيازة من آثار، ومنها التملك بالتقادم المكسب، وانه ليس ثمة ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه، وتكون حيازته في هذه الحالة استنادا لحيازة سلفه البائع له" (نقض مدني ١٩٨١/١١/٢٩ طعن ١٠٥٧ لسنة ٤٧ق).

٩- شهادة التمويل :

وهي تعد من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة دعوى القسمة.

ويقصد بها شهادة تصدر من مراقبة الإيرادات بكل حى من أحياء المحافظات (وحدة الضريبة على العقارات المبنية) تعرف هذه الضريبة في الحياة العملية بعدة مسميات أخرى هي : عوائد الأملاك، وعوائد المباني، والضريبة العقارية .

وتتميز هذه الضريبة على العقارات المبنية بالخصائص الآتية :

١. أنها ضريبة محلية محضة، أي أنها تصب مباشرة في ميزانية وحدات الإدارة المحلية، طبقا لقانون الإدارة المحلية ٤٣ لسنة ١٩٧٩ – المعدل بالقوانين ٥٠ لسنة ١٩٨١، ١٤٥ لسنة ١٩٨٨، ٩ لسنة ١٩٨٩، ٨٤ لسنة ١٩٩٦، الذي ينص على أن تشمل موارد المدينة ما يأتي:

اولا : حصيلة الضريبة على العقارات المبنية الواقعة في دائرة اختصاص المجلس (المجالس الشعبية المحلية للمدن) والضرائب الإضافية المقررة عليها، ما عدا الضرائب المخصصة حصيلتها طبقا للقانون لأغراض قومية (م ٥).

٢. أنها ضريبة عينية أي تخص أعيان العقارات المبنية، بصرف النظر عن شخصية الممول ومركزه المالي، فلا تنظر الى شخص الممول إلا كشخص مكلف بدفع هذه الضريبة، فتفرض على العقارات المبنية أيا كانت مادة بنائها، ويشمل ذلك : الحجر والطوب والخشب والزجاج وغيرها من المواد – وأيا كان الغرض الذي تستخدم فيه، ويشمل ذلك : البيوت والعائمات والمصانع والمعامل والوابورات والحوانيت والمحالج والمطاحن والمتاجر وما الى ذلك – وأيا كانت مدة بقائها، فيشمل ذلك : المدة الدائمة والمدة المؤقتة – وأيا كان إيرادها، فيشمل ذلك: أعيان العقارات المبنية المشغولة بعوض، وأعيان العقارات المبنية المشغولة بغير عوض.

٣. أنها ضريبة سنوية، تفرض على العقارات المبنية، بناء على القيمة الإيجارية السنوية للعقارات، التي تقدرها لجان التقدير المنصوص عليها في المادة ١٣ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤ .

وتتضمن شهادة التمويل عدة بيانات وهي :

اسم طالب الشهادة - تاريخ الطلب ورقم قيده بوحدة الضريبة على العقارات المبنية - الشخص الممول باسمه العقار - وصف العقار بعد الاطلاع على سجلات الضريبة على العقارات المبنية - الغرض المطلوب تقديم الشهادة فيه ورغبة الطالب في الحصول على شهادة بقيمة التقدير السنوي على العقار رقم كذا والكائن بشارع كذا شياخة كذا قسم كذا، وقيمة صافي التقدير السنوي .... قرشا ..... جنيها.

وملاحظة تفيد أن هذه الشهادة حررت بعد أداء الرسم المستحق عليها وأنها لا تعتبر وحدها سندا بصحة التعاقد.

وبالنسبة الى حجية شهادة التمويل في إثبات ملكية مورث طالب تسجيل عقد القسمة الرضائية محل التسجيل، فان المقرر قانونا أن هذه الشهادة ليست بذاتها دليلا على كسب الملكية. كما تضمنت البيانات السالفة صراحة أن هذه الشهادة لا تعتبر وحدها سندا لنقل الملكية، ذلك أن قيد اسم شخص بذاته في السجلات التي تعدها الدولة لجباية الضرائب العقارية، لا تعدو أن تكون قرينة بسيطة على الملكية قابلة لإثبات العكس.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لكسب الملكية أسباب حددها القانون، ليس من بينها قيد اسم شخص بذاته، في السجلات التي تعدها الدولة لجباية الضرائب على العقارات المبنية، مما ينتفي معه استدلال الطاعنين بتكليف العقار مثار النزاع باسم مورثهما وحده، فيما هو ناشب بين الطرفين من جدل حول الملكية، ومن ثم لا على الحكم المطعون فيه أن هو التفت عن هذا الدفاع" (نقض مدني ١٩٧٢/١٢/٥ مجموعة محكمة النقض ٢٣-٣-١٣١٧-٢٠٠٦) وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أسباب كسب الملكية التي حددها القانون، ليس من بينها قيد اسم شخص بذاته، في السجلات التي تعدها الدولة لجباية الضرائب عل العقارات، بما لا يجوز منعه الاستدلال على ملكية المطعون ضدها الثانية لعقار النزاع بتكليف العقار باسمها وحده" (نقض مدني ١٩٨٤/١/٢٤ مجموعة محكمة النقض ٣٥-١-٢٩٨-٦٠، نقض مدني ١٩٨٦/١/١٥ طعن ٩٩٠ لسنة ٤٩ق، نقض مدني ١٩٨٦/٤/١٦ طعن ٥ لسنة ٥١ق، نقض مدني ١٩٨٦/٥/٥ طعن ٤٢٤ لسنة ٥٣ق).

١٠- شهادة المشتملات :

وهى شهادة إدارية تصدر من مراقبة الإيرادات لكل حي من أحياء المحافظات أو مركز المدن (وحدة الضريبة علي العقارات المبنية)، تتضمن صورة فوتوغرافية للواقع المحسوس، وتشتمل علي معالم العقار المبينة القديمة أو المستجدة وكيفية استعمالها. وتتخذ شهادة المشتملات أو كشف المكلفات أساسا لتقدير القيمة الإيجارية، وبالتالي الضريبة العقارية وتعرف شهادة المشتملات في الحياة العملية (بكشف الملكفات). وتحرر شهادة المشتملات أو كشف التحديد من واقع دفتر الحصر، الذي يسمي في العمل دفتر الجرد. الذي كان يجري كل ثماني سنوات، ثم أصبح يجري كل عشر سنوات، حيث ينص قانون الضريبة علي العقارات المبينة ١٩٥٤/٥٦ علي حصر العقارات المنصوص عليها في المادة الأولي منه حصرا عاما كل عشر سنوات، ومع ذلك فتحصر كل سنة: العقارات المستجدة، والأجزاء التي أضيفت إي عقارات سبق حصرها، والعقارات التي حدث في أجزائها أو في بعضها تعديلات غيرت من معالمها أو من كيفية استعمالها، بحيث تؤثر في قيمتها الإيجارية تأثيرا محسوسا.

أما بيانات شهادة المشتملات فتتضمن الآتي:

١- اسم طالب الشهادة.

٢- تاريخ الطلب ورقم قيده بوحدة الضريبة علي العقارات المبينة-بمراقبة إيرادات الحي المختص.

٣- رغبة الطالب في الحصول علي شهادة عن العقار رقم ... شياخة ... قسم أو مركز ... الواقع بشارع .... موضحا بها صورة طبق الأصل للوارد بدفتر الجرد.

٤-انه بالإطلاع علي دفتر الجرد تبين أن هذا العقار-ممول باسم ... ثم تقسم الصفحة إلي جدول يحتوي علي أربع خانات. الخانة الأولي للمشتملات وتساوي مساحتها الخانات الثلاث الأخرى. والخانة الثانية للقيمة الإيجارية السنوية. والخانة الثالثة لصافي القيمة الإيجارية. والخانة الرابعة للضريبة العقارية...

٥- وتذيل قائمة الجرد بعبارة تفيد أن هذه الشهادة حررت بعد أداء الرسم المقرر وقدره... إلي الخزينة، بتاريخ ... بإيصال رقم.... وتمغة علي الشهادة بتاريخ.... وإيصال رقم .... بتاريخ .... وسلمت إلي الطالب بدون مسئولية الحكومة أو المحافظة إزاء أي انسان عن كل ما جاء بها وتقديمها إلي

٦- مكان وتاريخ التسليم.

أما عن حجية شهادة المشتملات في إثبات ملكية المدعى رافع دعوى القسمة بوضع اليد، فهي قاصرة علي البيانات التي تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله أمامه علي الطبيعة عند التقاط الصورة الجغرافية للواقع المحسوس، أثناء الحصر العام، الذي يجري كل عشر سنوات لمعالم العقار المبينة القديمة والحديثة وكيفية استعمالها. ومجال إهدار تلك الحجية في الإثبات إنما يكون عن طريق الطعن عليها بالتزوير. أما البيانات الأخرى التي يدونها محررها نقلا عن ذوى الشأن، فمجال إهدار حجيتها في الإثبات إنما يكون بكافة طرق الإثبات القانونية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المادة ١١ مكن قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (المقابلة للمادة ٣٩١ من القانون المدني) أن الحجية المقررة للاوراق الرسمية تقتصر علي ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه، تبعا لما في انكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوافرين فيه. ومن ثم لا تتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد علي لسان ذوى الشأن من بيانات، لان إثباتها في ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها، فيرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلي القواعد العامة في الإثبات" (نقض ١٩٧٧/٤/٢٧ مجموعة محكمة النقض ٢٨-١-١٠٨٤-١٨٦).

١١- الإقرار العرفي بالملكية بوضع اليد :

وهو من الاوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بصحيفة دعوى القسمة.

ويقصد به تصرف مقرر للملكية وليس منشئا لها، أي أنها إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دلليها، ويعد هذا الإقرار العرفي، حجة على المقر دون حاجة الى تسجيل (المادتان ١٠٣، ١٠٤ إثبات) ولكنه لا يكون حجة على الغير قبل تسجيله (م ١٠ شهر عقاري) .

وقد قضت محكمة النقض بأن "١- الإقرار بالملكية حجة على المقر. شرطه. صدوره منه عن إرادة غير مشوبة بعيب. عدم أحقيته في التنصل مما ورد فيه بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني. مؤداه. سيران أثره فيما بينه والمقر له. ليس للمقر الدفع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ولو تبين أن محل الإقرار كله أو بعضه مملوك للغير. علة ذلك. الإقرار بملكية ثابتة للغير، تصرف قابل للإبطال لمصلحة المقر له وليس لمصلحة المقر. للمالك الحقيقي إقرار التصرف صراحة أو ضمنا. عدم نفاذه في حقه إذا لم يقره. النعى أمام محكمة النقض من المقر بوقوعه في غلط جوهري. عدم قبوله. علة ذلك. مخالطته واقعا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. ٢- تمسك الطاعن في دفاعه أمام محكمة الموضوع، بان إقراره بملكية المطعون ضده لجزء من عقار النزاع موصوف غير قابل للتجزئة التزم فيه الأخير بمسئوليته تضامنيا معه عن ديون ومستحقات العقار، مما كان يوجب قبل الحكم بصحة ونفاذ الإقرار الاستيثاق من وفائه بهذا الالتزام. مواجهة الحكم المطعون فيه هذا الدفاع باستخلاص سائغ. ليس فيه خروج عن المعنى الذي تحتمله عبارات الإقرار. النعى عليه بمخالفة الثابت بالاوراق. جدل موضوعي تنحسر عنه رقابة محكمة المقض. أثره عدم قبوله. ٣- الإقرار بالملكية هي ورقة عرفية. لا تنتقل به الملكية، ولا يصلح سندا لرفع دعوى تثبيت هذه الملية. علة ذلك. عدم انتقالها في العقار إلا بالتسجيل. وانطواء طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار على التسليم بثبوت الملكية للمقر، والرغبة في الحصول على حماية قضائية، غايتها اطمئنان المقر له الى عدم استطاعة المقر به الحكم بذلك المنازعة فيما أقر به. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر، متبعا قضاءه بصحة و نفاذ الإقرار موضوع النزاع، باعتباره سندا للملكية صالحا للتسجيل والشهر. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه" (نقض مدني ٢٠٠١/٢/٢٠ طعن ٣٣٧٠ لسنة ٦١ق)

وبأنه"إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الإقرار تصرفا مقرر للملكية وليس منشئا لها، أي أنها إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دلليها .فان هذا التصرف الإقراري يكون حجة على المقر جون حاجة الى تسجيل، وفقا لحكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري. وهو ذات حكم قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣، الذي – وان كان قد سوى بين التصرفات المنشئة للملكية وغيرها من الحقوق العينية، وبين التصرفات المقررة لها من حيث وجوب تسجيلها، إلا انه فرق بين النوعين في أثر عدم التسجيل، فرتب على التصرفات الانشائية أن الحقوق التي تقصد الى انشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل، بخلاف التصرفات المقررة لهذه الحقوق، فانه رتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير، مما مفاده جواز الاحتجاج بها بين المتعاقدين بغير حاجة الى تسجيل. ولما كان المشتري من المطعون عليهما العاشرة والحادية عشرة، يعتبر من الغير بالنسبة للإقرار العرفي الصادر منهما للبائعين للطاعن، لانه ثبت لهذا المشتري على العقار الذي اشتراه، حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر وتم تسجيله بالفعل، فان ذلك الإقرار لا يصح أن يتعدى أثره الى هذا المشتري، وإذا كان الحكم المطعون فيه، قد نفي صورية عقد ضراء المذكور، فان ذلك الحكم لا يكون قد خالف القانون، حين فرق بين الأثر المترتب على الإقرار العرفي فيما بين المقرين والمقر لهما، من جواز الاحتجاج به، بينهم حتى ولو لم يسجل، وبين أثره بالنسبة للغير، فقضى بعدم تجاوز هذا الثر إليه، لانه إقرار بملكية عقار لم يشهر عنه" (نقض مدني ١٩٧٩/١/١١ مجموعة محكمة النقض ٣٠-١-١٨٣-٤٥).

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة :

(٤) التقدم بطلب القسمة للمحكمة المختصة بنظر الدعوى :

اولا:الاختصاص النوعي :

ويقصد بالاختصاص النوعي بوجه عام الاختصاص الذي يرجع إلي نوع الدعوى بغض النظر عن قيمة تلك الدعوى (محمد المنجي-دعوى القسمة ص٩١).

وتنص الفقرة الأولي من المادة ٨٣٦ مدني علي انه:

"إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلي من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

وتنص المادة ٤٣ من قانون المرافعات علي انه : "تختص محكمة المواد الجزئية لذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلي:-

الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهر النزع والمساقي والمصارف.

دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.

الدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتبات وتحديدها.

دعاوى صحة التوقيع أيا كانت قيمتها.

دعاوى تسليم العقارات إذا رفعت بصفة أصلية....".

فيتبين من هذه النصوص أن المشرع قد جعل الاختصاص في دعوى القسمة للمحكمة الجزئية، فالمحكمة الجزئية إذن هي المختصة بدعوى القسمة أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد اقتسامها ولو زادت هذه القيمة عن نصاب القاضي الجزئي.

ويرجع اختصاص المحكمة الجزئية-ولو زادت قيمة الأموال الشائعة علي نصابها-إلي أن هذه المحكمة تقتصر في دعوى القسمة علي النظر في إجراءات القسمة، وإجراءات القسمة لا تختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته، فلم يكن هناك ما يدعو إلي الاختصاص النوعي علي أساس هذه القيمة، ورغبة في عدم إطالة أمر نظر الدعوى أمام المحكمة (أحمد سلامة ص٣٨٥).

غير أن اختصاص المحكمة الجزئية بدعاوى القسمة يقتصر علي إجراء هذه القسمة وما يتصل بها من منازعات في الحدود المقررة في المادة ٨٣٨ مدني حيث تنص في فقرتها الأولي علي انه:

"تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها".

وعلي ذلك فالمحكمة الجزئية تختص مهما كانت قيمة الدعوى بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص كما إذا طعن أحد الشركاء على تقرير الخبير بان الحصص غير متساوية أو أن المعدل أكثر أو أقل مما يجب وتفصل المحكمة في ذلك مراعية قيمة المال وقت القسمة لا وقت نشوء الشيوع أو رفع دعوى القسمة، وقد تنطوى لمنازعة على وجود طريقة للقسمة أفضل من الطريقة التي اتبعها الخبير، ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الانصبة، فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء هي أيضا من إختصاص المحكمة الجزئية تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى، وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب انصبة الشركاء، فان المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها، وتكون قيمتها مما يجوز ستئنافه أمام المحكمة الإبتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يستانف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الإبتدائية، ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات، ولكن هناك منازعات لا تتعلق بتكوين الحصص و بتجنيب الانصبة، ومن أمثلة هذه المنازعة أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء، كان يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك شيئا في المال الشائع ويجب إستبعاده من دعوى القسمة، ومن أمثلة هذه المنازعات أيضا تعيين حصة الشريك في المال الشائع، كان ينازع أحد الشركاء شريكاً آخر في مقدار حصته فيدعى مثلاً أنها الربع بدلاً من الثلث، وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته فيدعى أحد الشركاء مثلا أن شريكاً آخر قد تصرف في حصته لأجنبى فلا يحق له الدخول في القسمة كل هذه المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، بعضها يكون بحسب قواعد الإختصاص من إختصاص المحكمة الجزئية التي تنظر دعوى القسمة وبعضها يكون من إختصاص المحكمة الإبتدائية لان قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى، فإذا أثر شريك امام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من إختصاص القاضى الجزئى فصلت المحكمة الجزئية فيها وإذا كان الحكم قابلاً للإستئناف إستانفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الإبتدائية، وإذا انت المنازعة التي أثارها الشريك هو من إختصاص المحكمة الإبتدائي

كان على المحكمة أن توقف دعوى القسمة وان تحيل كالخصوم إلى المحكمة الإبتدائية كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة وان تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية، مع تحديد الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة، مستعينة في ذلك بالبيانت التي تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الإبتدائية، وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل المحكمة الإبتدائية. ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائياً في المنازعات التي أحالتها المحكمة الجزئية أو إلى أن تفصل المحكمة الإبتدائية نهائيا في الإستئناف الذي رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات التي تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا (السنهوري ص٨٧٠ وما بعدها) وللمحكمة الجزئية تقدير مدى جديدة المنازعة التي تثار عند نظر دعوى القسمة، سواء كانت مما تختص به أو كانت خارجة عن إختصاصها النوعى، حتى تقضى بوقف دعوى القسمة، أو أنها ليست جدية فتطرحها جامبا دون حاجة إلى إصدار حكم في شأنها، وتستمر في نظر دعوى القسمة، فان هذا القضاء يتضمن رفضا ضمنيا للمنازعة وليس إغفالاً لها، مما كان يوجب وقف دعوى القسمة تعليقا على الفصل في المنازعة، ويتعين لذلك استئناف حكم القسمة وطلب الغائه ووقف دعوى القسمة، والفصل في المنازعة أن كانت مما يختص بها القاضى الجزئى، إذ ينقل الإستئناف الدعوى إلى المحكمة الإستئنافية، التي يتعين عليها إجراء القسمة بعد قضائها في المنازعة، فان كانت المنازعة تختص بها المحكمة افبتدائية، طلب المستانف إحالتها لهذه المحكمة منعقدة بهيئة إبتدائية، فلا تملك المحكمة التي تنظر الإستئناف التصدى لها طالما أنها منعقدة بهيئة استئنافية. (أنور طلبه ص٥٣٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان النزاع الذي أثير في الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع في السلم المشترك، وما إذا كان هذا اشيوع عادياًاو إجبارياً وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشان هذا السلم، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص، ويخرج بحسب قيمته من إختصاص قاضى المواد الجزئية نوعياً إذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قررها الخبير المنتدب في دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الإبتدائية للفصل فيه عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدني وإذ هي لم تفعل فأنها تكون قد جاوزت إختصاصها وخالفت القانون" (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ص ١٠٤) وبأنه "النص في المادة ٨٣٨ من القانون المدني يدل أن المشرع جعل الإختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد إقتسامها، فإذا أثيرت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة، إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة، فان الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة، فإذا كانت من إختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها وإذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية المختصة وان تحدد لهم الجلسة التي يحضرونها فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات" (جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ مجموعة أحكام النقض س٢٧ ص١٣٥٨) وبأنه "مفاد نص المادتين ٨٣٨ فقرة اولى و ٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو أن من شان ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فأنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة" (نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ س٦١ق، ١٩٩٢/٤/١٢ ١٢٥١ س ٥٢ق، ١٩٩٠/١/٢٥ طعن ٧٤ س ٥٧ق،١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ س٥٢ق)

وبأنه مؤدى نصوص المواد ١/٨٣٦ ٨٣٨ من القانون المدني ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية هي المختصة وحدها بنظر طلب القسمة وان ارتباط هذا الطلب بمنازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص وتجنيبها ليس من شانه أن يسلب لمحكمة الجزئية اختصاصها بنظره إذ اوجب المشرع في هذه الحالة إحالة تلك المنازعات - التي لا تدخل في اختصاص محكمة المواد الجزئية - دون غيرها إلى المحكمة الإبتدائية وان توقف نظر طلب القسمة وإبقائه معلقاً أمامها إلى حين الفصل في المنازعات الأخرى المحالة إلى المحكمة الإبتدائية - ولا ينال من ذلك أن تكون المحكمة الإبتدائية هي المحكمة ذات الإختصاص العام في النظام القضائى وان اختصاصها يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطاً به من طلبات أخرى مهما تكن قيمتها أو نوعها ذلك أن طلب القسمة يخرج بذاته عن نطاق اختصاص المحكمة الإبتدائية ولو كان مرتباطا بانزعة أخرى تدخل في اختصامها بما لا يجوز معه إحالة طلب القسمة إلى المحكمة الإبتدائية لنظره مع طلب آخر ولا يجوز بالتالى رفع الدعوى به ابتداء أمام تلك المحكمة لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة بطلب القسمة على أن هذا الطلب يرتبط بطلب الريع المطروح أمام المحكمة الإبتدائية فانه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه في هذا الخصوص" (نقض ١٩٩٢/٤/١٢ طعن ١٢٥١ س٥٢ق) وبأنه "لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة في دعوى القسمة جدية ومؤثرة على الدعوى حتى توقف السير فيها أو أنها ليست كذلك فتطرحها جانبا وتسير في الدعوى " (نقض ١٩٥٦/٥/٣ طعن ٣٨٥ س ٢٢ق) وبأنه "التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية هو من شان الخصم الذي نازع في هذه الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم في التحدى به (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٨٥ س ٢٢ق)" وبأنه "تقدير جدية المنازعة في الملك المثار في الدعوى القسمة هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة عليها فيها لمحكمة النقض مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة" (نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ طعن ٢٢٠ س ٢٢ق) وبأنه "لقاضى القسمة تقدير جدية المنازعة في الملك التي تثار أمامه حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه. وهذا التقدير يقتضى حتما بحث اوجه المنازعة ووزن أسانيدها لا للفصل في موضوعها وإنما للوصول إلى قرار بتأجيل الفصل في القسمة أو للسير في إجراءاتها" (نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ طن ٢٢٠ س ٢٢ق).

كذلك قضت بأن "النص في الفقرة الولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدني والنص في المادة ٨٣٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية إختصاصاً إستثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد إختصاصها إلى المنازعات بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص بها إلا إذا كان يدخل في إختصاصها العادى، فإذا ما أثيرت في دعوى القسمة منازطعاة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الإختصاص العادى للمحكمة للمحكمة الجزئية وجب عليها أن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائياً في هذه المنازعة، وهي لا تكتفي في ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقروناً بإحالة المنازعة إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بنظرها وان تعين للخصوم مالجلسة التي يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الإبتدائية وإتصلت بها قانوناً بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لان يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانون المرافعات إذ قد إستثنت هذه المادة بصريحنصها من إتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى، لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق أن المنازعة التي أثيرت في دعوى القسمة على ملكية العقار قد إحيلت إلى محكمكة قنا الإبتدائية للفصل فيها إعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فان الدعوى بهذه المنازعة تكون قد رفعت وإتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون" (جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ق)

وبأنه "قول الحكم بان الفصل في القسمة لا يكون إلا بعد الفصل نهائيا في المنازعات القائمة بشان الملكية، وإستناده في القضاء بوقف دعوى القسمة إلى نص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات - السابق - التي لا يكون وقف السير في الدعوى بالتطبيق لها إلا إذا كانت المسألة الأولية التي رأت المحكمة تعليق حكمها على الفصل فيها خارجة عن إختصاصها الوظيفي أو النوعى، كل ذلك يفيد أن المحكمة الجزئية رأت أنها غير مختصة بنظر النزاع بشان الملكية، وان قضاء المحكمة الجزئية بوقف السير في دعوى القسمة إنما بنى على عدم إختصاصها بنظر هذا النزاع، وبذلك تضمن قضاء ضمنيا بعدم الإختصاص، وإلا فلو أنها رأت نفسها مختصة بنظز هذا النزاع لفصلت فيه ولما لجأت لوقف السير في الدعوى حتى يفصل فيه من محكمة أخرى، ذلك أن المادة ٨٣٨ من القانون المدني تلزم المحكمة الجزئية المطلوب منها إجراء القسمة بالفصل في كل المنازعات التي تدخل في إختصاصها ولا تجيز لها أن توقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات إلا إذا كانت خارجة عن إختصاصها" (نقض ١٩٦٧/٣/١٦ طعن ٢٣٢ س ٣٣ق، نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ طعن ٨٠ س ٥١ق) وبأنه "مفاد نص المادتين ١/٨٣٦، ٨٣٨ من القانون المدني يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك ن المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى، فإذا ما أثير في دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها أن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا في هذه المنازعة وهي لا تكفي في ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغة أن يكون الحكم مقروناً بإحالة المنازعة إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بنظرها وان تعين للخصوم الجلسة التي يخضرون فيها بما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الإبتدائية واتصلت بها قانوناً بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لان يسك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٦٣ من قانون المرافعات ذ استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى. إذا كان الثابت من الاوراق أن الطاعن آثار أمام المحكمة الجزئية المنازعة بشان ملكيته لكامل عقار التداعى بالتقادم المكسب فأحالت المحكمة الجزئية هذا النزاع لمحكمة طنطا الإبتدائية المختصة قيمياً بنظرها ومنها أحيلت إلى مأمورية المحلة الكبرى الإبتدائية للفصل فيها إعمالا لمادة ٨٣٨ من القانون المدني فان الدعوى بهذه المنازعة - وعلى هذا النحو - تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة الأخيرة على نحو يتفق وصحيح القانون، وإذ انتهي الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فانه لا جدوى بعد ذلك من تعيبه فيما اورده من تقريرات خاطئة ويضحى النعى بهذا السبب غير منتج" (طعن رقم ١٥٠١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٤/٤).

ثانيا : الاختصاص المحلي

ويقصد بالاختصاص المحلي بوجه عام الاختصاص الذي يتحدد تبعا لمحا الإقامة، أي المسكن أو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.

كانت المادة ١/٨٣٦ مدني تنص علي انه:

"أما إذا اختلف الشركاء، فعلي من يريد الخروج من الشيوع، أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة. وان كان المراد قسمته منقولا. فأمام المحكمة الجزئية التي تقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم".

كما تنص المادة ٤٩ مرافعات علي انه:

١- يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، ما لم ينص على خلاف ذلك.

٢- فان لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته.

٣- وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم.

وتنص المادة ٥٠ مرافعات علي انه:

"١- في الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه، إذا كان واقفا في دوائر محاكم متعددة.

٢- وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه.

٣- واستثناء من حكم المادة ١٠٨ من هذا القانون تختص المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار دون غيرها بدعاوى تسليم العقارات".

ويتضح من نصوص هذه المواد أن الاختصاص المحلي يتحدد تبعا لمحل الإقامة أو الموطن أي المسكن أو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن والموطن قد يكون موطنا قانونيا أو مختارا (م٥١ مرافعات) وقد يكون موطنا عاما أو خاصا يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معينة فيكون المدعى بالخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة الموطن العام أو الموطن الخاص بالتجارة أو الحرفة أو المهنة إذا كانت متعلقة بذلك (م٤١ مدني).

والقاعدة العامة في الاختصاص المحلي هي أن علي المدعى أن يسعي إلي المدعى عليه في أقرب محكمة إلي موطنه (م٤٩ مرافعات) وذلك لان الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس وانه تجب له الرعاية فيكون علي المدعى أن يسعي إلي المدعى عليه في محكمة موطنه، أي أقرب محكمة إليه (د/ أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية بند ٣٢٩ ص٣٩٤).

وإذا تعدد موطن المدعى عليه فترفع الدعوى أمام المحكمة التي تتبعها أي منها، فإذا لم يكن له موطن في مصر رفعت الدعوى أمام محل إقامته والمقصود به محل سكنه الذي يقيم فيه بصفة غير معتادة أي الذي يتوافر فيه العنصر المادي للموطن دون العنصر المعنوي له فإذا تعددت محال أقامته رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها أي منها فان لم يكن له موطن ولا محل إقامة بمصر كان الاختصاص لمحكمة موطن المدعى أو محل إقامته فان لم يكن للمدعى بدوره موطن في مصر ولا محل إقامة فيكون الاختصاص لا حدي محاكم القاهرة (والي بند ١٦٦، محمد كمال عبد العزيز ص٤١٢).

وفي تحديد الاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة القضائية، فانه يتحدد طبقا للقواعد العامة.

وطبقا للقواعد العامة فانه يجب التفرقة في بيان المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى القسمة بين ما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقارا أو منقولا.

فإذا كان المال الشائع عقارا، كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه، إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة "مادة ٥٠ مرافعات".

وليس من اللازم في تحديد المحكمة المختصة إذا كان العقار مجزءا، أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة، لان النص لا يضع هذا الشرط (محمد المنجي-دعوى القسمة ص١٠٦).

أما إذا كان المال الشائع منقولا، كانت المحكمة المختصة، هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا (مادة ٤٩ مرافعات).

(٥) ميعاد رفع الدعوى:

تنص المادة ٨٣٤ مدني علي أن :

"لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا علي البقاء في الشيوع بمقتضي نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضي الاتفاق أن تمنع القسمة في الشيوع إلي أجل يجاوز خمس سنين. فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

فالمشرع لم ينص علي ميعاد معين لرفع الدعوى وبالتالي يظل الميعاد مفتوحا. أمام الشركاء في الشيوع كيفما يشاءون، ما لم يوجد ما يقيد حق طلب القسمة الذي تحميه تلك الدعوى.

وبمعني آخر فان حق الشركاء في طلب القسمة يظل قائما، مهما كانت مدة بقاء الشريك في الشيوع، فلا يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال أي بالتقادم المسقط لان الشيوع حالة متجمدة، تؤدي إلي تجدد الحق في طلب القسمة باستمرار طوال مدة البقاء في الشيوع، ما لم يوجد ما يفيد حق طالب القسمة الذي تحميه تلك الدعوى، سواء بمقتضي نص في القانون، أو بموجب اتفاق، أو لعدم التعسف في طلب القسمة. وقد سبق أن اوضحنا ذلك بالتفصيل في بند "امتناع طلب القسمة".

متى استوفت دعوى القسمة مقومات قبولها، أصدرت المحكمة الجزئية حكما تمهيديا بندب خبير أو لجنة من ثلاثة خبراء بحسب مقدار المال الشائع، لتقويم هذا المال وقت البدء في إجراءات القسمة، وقسمته حصصا أن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقض كبير ودون أن يؤدي ذلك إلي الأضرار بأحد الشركاء ضررا جسيما، كما لو كانت الحصة التي قد يختص بها ضئيلة يتعذر الانتفاع بها علي أي وجه.

ويبدأ الخبير مأموريته بتكوين الحصص علي أساس أصغر نصيب، فان كانت انصبة الشركاء هي النصف والثلث والسدس، فيقسم المال إلي ست حصص، يكون للشريك الأول ثلاث والثاني إثنتان والثالث حصة واحدة، ثم يترك تحديد حصص كل شريك للمحكمة التي تجرى القرعة وفقا لما اوضحناه بالمادة ٨٣٩ فيما يلي.

ويكون الخبير الحصص علي هذا النحو حتى لو كانت القسمة جزئية، كما لو طلب بعض الشركاء فرز وتجنيب حصة لكل منهم بينما لم يطلب باقي الشركاء ذلك، فتظل حصص الأخيرين شائعة فيما بينهم.

فإذا تعذرت القسمة علي هذا الأساس، أجراها الخبير بطريق التجنيب سواء طلب الشركاء ذلك أم لم يطلبوا، إذ تتم القسمة القضائية بأي من الطرق التي حددها القانون دون حاجة لموافقة الشركاء، وبالتالي يجوز للمحكمة إجراء القسمة وفقا لأصغر حصة، أو بطريق التجنيب، أو بطريق التصفية ببيع المال الشائع لكن إذا رفعت الدعوى لقسمة المال الشائع بطريق التجنيب، ولم يعترض أي من الشركاء وكانت القسمة بالتجنيب ممكنة التزمت المحكمة إجرائها بهذا الطريق أما إذا اعترض البعض علي التجنيب أو كان التجنيب غير ممكن، جاز للمحكمة إجراء القسمة بأي من الطرق السابقة حسبما يسفر عنه تقرير الخبير ويتفق مع مصلحة جميع الشركاء.

ومتى جنب الخبير حصة كل شريك، بمعدل أو بدون معدل، قضت المحكمة بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه (أنور طلبه ص٥٣٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المحكمة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب المدعيين-طالبي القسمة والخصم الثالث الذي انضم إليهم بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب علي الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعيين وأبقي المدعى عليهم في الشيوع" (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن رقم ٣٨٥ س ٢٢ق).

طــرق القسمــة القضائيــة :

تشمل طرق القسمة القضائية طريقتين: الطريقة الأولي هي القسمة العينية، وتتم بإحدى وسيلتين، الوسيلة الأولي: قسمة الحصص علي أساس أصغر نصيب ثم إجراء القرعة. والوسيلة الثانية: التجنيب بتعيين جزء مفرز لكل شريك يعادل حصته إذا تعذرت الوسيلة. والطريقة الثانية هي القسمة بطريق التصفية، ببيع المال الشائع بالمزاد العلني، ثم توزيع حصيلة البيع علي الشركاء بحسب حصة كل شريك

اولا: القسمة العينية :

وهي تتم بإحدى وسيلتين، الوسيلة الأولي: قسمة الحصص علي أساس أصغر نصيب ثم إجراء القرعة، والوسيلة الثانية: التجنيب بتعيين جزء مفرز لكل شريك يعادل حصته، إذا تعذرت الوسيلة الأولي. والطريق الثاني: هو القسمة بطريق التصفية أي ببيع المال الشائع بالمزاد العلني، ثم توزيع حصيلة البيع علي الشركاء بحسب حصة كل شريك. ويقصد بالقسمة العينية أنها أحد طريقي القسمة القضائية، وهي الأصل الذي يجب أن يتجه إليه تفكير المحكمة اولا، قبل الالتجاء إلي الطريقة الثانية وهي القسمة بطريق التصفية، وتتم القسمة العينية-كما سبق القول-بإحدى وسيلتين: قسمة الحصص أو التجنيب.

والخطوة الأولي من خطوات القسمة العينية إلي حصص أو التجنيب، يزهر فيها الدور الخاص لقاضي في عملية القسمة، فقد يري القاضي أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية، ولا ينتج عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته، عندئذ تتولي هذه العملية بنفسه، وذلك باعتبار الأصل أن القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه، مادامت المسألة المطروحة عليه ليست من المسائل الفنية التي لا تشملها معارفه، وليست من الوقائع التي يشق عليه الوصول إليها (نقض مدني ١٩٧٠/٥/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢١-٢-٩٠٨-١٤٥).

والخطوة الثانية من خطوات القسمة العينية إلي حصص أو التجنيب هي الالتجاء إلي أهل الخبرة. فالمقرر قانونا انه لا يجوز للمحكمة أن تقطع برأيها في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارف القاضي، ولا الوقائع المادية التي يشق عليها الوصول إليها (نقض مدني ١٩٨٢/١٢/٢٠ طعن ٧٨٠ لسنة ٤٧ق، نقض مدني ١٩٨٦/٥/٦ طعن ٢٤١٨ لسنة ٥١ق).

عندئذ يتعين علي المحكمة أن تصدر حكما تمهيديا بندب خبير واحد أو ثلاثة خبراء (م١٣٥ إثبات) تكون مأموريته قسمة الحصص علي أساس أصغر نصيب، ثم إجراء القرعة بين الشركاء المشتاعين.

فإذا كانت قسمة المال الشائع قسمة عينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال في قيمته، فان الخبير المنتدب في الدعوى يسير في الطريق الأولي للقسمة، وهو القسمة العينية، سواء بوسيلتها الأولي أو الثانية، ويقصد بالوسيلة الأولي وهي قسمة الحصص، أي قسمة المال إلي حصص متساوية علي أساس أصغر نصيب، ويقصد بالوسيلة الثانية وهي التجنيب، أي قسمة المال الشائع إلي أجزاء مفرزة، كل جزء مفرز منها يمثل حصة لأحد الشركاء، بمعدل أو بدون معدل، والمعدل عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذي نال نصيبا أو جزءا مفرزا أزيد من نصيبه، بدفعه للشريك الذي نال نصيبا أو جزءا مفرزا أقل من نصيبه.

أما إذا كانت قسمة المال الشائع قسمة عينية غير ممكنة دون نقض كبير يلحق المال في قيمته. فان المحكمة تلجأ إلي الطريق الثاني للقسمة، وهو القسمة بطريق التصفية، أي ببيع المال الشائع بالمزاد، سواء في حالتيها الأولي والثانية، ويقصد بالحالة الأولي عدم إمكان قسمة المال الشائع عينا، ويقصد بالحالة الثانية حدوث نقض كبير في قيمة المال الشائع، رغم قابليته للقسمة العينية.

التصديق علي حكم القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من هو غير كامل الأهلية:

تنص المادة ٨٤٠ مدني علي انه:

"إذا كان بين الشركاء غائب، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة علي حكم القسمة، بعد أن يصبح نهائيا، وذلك وفقا لما يقرره القانون".

ويبين من هذه المادة أن الحالة الواجب فيها تصديق المحكمة الابتدائية، علي حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية، هي حالة وجود شريك غائب بين الشركاء في المال الشائع محل دعوى القسمة القضائية، أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه، أو محجور عليه لجنون أو عته، أو غفلة، أو سفه-أما إذا كان القاصر مشمولا بولاية أبيه فانه لا يلزم التصديق علي حكم القسمة (محمد المنجي ص٣٥٦).

ورغم أن المادة لم تحدد صراحة المحكمة المختصة بالتصديق إلا انه بصدور قانون الولاية علي المال سنة ١٩٥٢ قد حدد المحكمة المختصة بالتصديق علي حكم القسمة. حيث نصت المادة ٤٠ منه في فقرتها الثانية والثالثة والرابعة والخامسة علي انه "في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الإبتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة ألأموال إلى حصص، ولهذه المحكمة، عند الإقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة لذلك، ،إذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم، ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدرة المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية بتكوين الحصص، ولا شك في أن هذا النص صريح أن الذي تصدق عليه المحكمة، ليس هو الحكم بالقسمة وهو في مرحلته النهائية كما نصت على ذ لك صراحة المادة ٨٤٠ مدني، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أي القسمة في مراحلها الأولى ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسايرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدني الجديد، إلى مسايرة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدني السابق، والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال".

وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال).. انه: "في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص وان لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لهذا الغرض عند الإقتضاء. وعلى ذلك يجب القول انه في حالة تقسيم المال إلى حصص، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب، يتعين أن تصدق المحكمة الإبتدائية التي تتبعها محكمة القسمة لا على الحكم بالقسمة في مرحلته النهائية بل على قسمة المال إلى حصص، وللمحكمة عند الإقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم، ولها أن ارفض ما اقرته المحكمة الجزئي (محكمة القسمة) من قسمة المال إلى حصص، وان تعين أسساً لأخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص، وإذا قامت منازعة في شان تكون الحصص، وفصلت فيها المحكمة الجزئية، واستؤنف حكمها أمام المحكمة الإبتدائية (أي نفس المحكمة التي تصدق على قسمة المال إلى حصص) فمن البديهي أن حكم المحكمة الإبتدائية الصادر في هذا افستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص إذا تكون المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية قد نظرت نفس المسألة التي كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق".

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة الرابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أن "يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إداراتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الحكام المقررة في هذا القانون، وفي المادة ٤٠ منه على أن "على الولى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى ..." يدل مع خلو نص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولى في مجال القسمة، على أن للولى أن يجرى القسمة بالتراضى على اولاده القصر دون حاجة لإستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الخصوم على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (جلسة ١٩٨٥/١١/٦ الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ق) وبأنه "مؤدى نص المادة ١١٨ من القانون المدني أن نيابة الوصى هي نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها في الحدود التي رسمها القانون، وكان النص في المادة ٨٣٥ من ذات القانون على أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال بالطريقة التي يرونها فإذا كان بنهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة أفجراءات التي يفرضها القانون وفي المادة ٤٠ من المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أن "على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كان له مصلحة في ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع وعلى الموصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها" يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن إجراء القسمة بالتراضى جائز، ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية شريطة أن يحصل الوصى على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد إتمامه حتى يصبحنافذا في حق ناقص الأهلية" (جلسة ١٩٩٠/١٢/١٦ الطعن رقم ٥٤٢٠ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٥٢ق).

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص أما إذا جرت القسمة عن طريق التجنيب لا يقسم المال إلى حصص فيرى البعض انه لما كان ما يقابل قسمة المال إلى حصص في القسمة بالإقتراع هو تجنيب انصبة الشركاء في قسمة التجنيب فانه التصديق على تجنيب انصبة اشلركاء قياساً على التصديق على قسمة المال إلى حصص، ولما كان تجنيب انصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ولا يفصل بينهما الإقتراع كما هو في الأمر في قسمة المال إلى حصص، فانه يصح من الناحية العملية دائما انه في حالة القسمة عن طريق التجنيب بصدق المحكمة الإبتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب انصبة الشركاء (السنهوري ص٨٧٨).

ثانيا : القسمة بطريق التصفية :

وتنص المادة ٨٤١ من القانون المدني على انه إذا لم تمكن القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع، مما مفاده انه إذا تبين للقاضى الجزئى المختص بنظر دعوى القسمة، أن العقار المملوك على الشيوع تتعذر قسمته عيناً كما لو كان مصنعاً أو مسكناً مشتركاً، أو أن القسمة العينية سوف تؤدى إلى نقص كبير في قيمته أو تؤدى إلى الإضرار الكبير بصاحب أصغر حصة إذا خصصت له مساحة ضئيلة يتعذر الانتفاع بها، فان القاضى يحكم في دعوى القسمة بإجراء تصفية العقار بالبيع بالمزاد ويكلف المدعى بتخاذ إجراءات التصفية خلال أجل يحدده بالحكم ويأذن بذلك لأي من الشركاء إذا انقضى هذا الأجل دون اتخاذها، فيقوم الشريك بتعجيل دعوى القسمة أمام ذات المحكمة بموجب صحيفة تعجيل تعلن لباقي الشركاء ويحدد بها قلم الكتاب جلسة تتفق وتاريخ الجلسة المحدد لنظر الإعتراضات التي قد تقدم ليحكم فيها القاضى، فان لم تقدم اعتراضات، سقطت تلك الجلسة وتعين تأجيل الدعوى إلى الجلسة المحددة بالقائمة لإجراء المزايدة

تبين لنا أن قسمة التصفية ليست إلا طريقا إحتياطيا لإجراء القسمة، بحيث لا يحل الإلتجاء إليها إلا عند تعذر سرك الطريق الأصلى وهو طريق القسمة العينية، ويكفي تحقق اعذر القسمة العينية للإلتجاء إلى قسمة التصفية، والمحكمة هي التي تقدر مدى تحقق هذا التعذر، فقد لا يكون الشئ الشائع قابلا أصلا للقسمة العينية، وقد تكون قسمته عينا ممكنة ولكن بحيث يؤدى إجراؤها إلى إحداث نقص كبير في قيمة الشئ المراد قسمته، ففي هذه الأحوال تقرر المحكمة الجزئية العدول عن القسمة العينية وتأمر هي نفسها بإجراء قسمة التصفية عن طريق بيع الشئ الشائع المراد قسمته بالمزاد (حسن كيرة ص٢١٠).

المحكمة المختصة بإجراء التصفية :

يبين لنا مما تقدم أن المحكمة الجزئية هي المختصة بقسمة المال الشائع سواء تمت القسمة عينة أو بطريق التصفية سواء كان عقار أو منقول.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة اولى) و٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقمسته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو أن من شان ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة" (طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١).

وقد رأينا أن المادة ٨٤١ مدني قد أحالت إلي قانون المرافعات في حالة عدم إمكان قسمة المال عينا أو إذا كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته.

حيث نصت علي انه: "إذا لم تمكن القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا بالطرق المبينة في قانون المرافعات....".

وقد نصت المادة ٤٦٤ مرافعات علي انه: "إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعة بطريق المزايدة على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء وقائمة شروط البيع التي يودعها المدعى قلم كتاب المحكمة الجزئية يجب أن تشمل ما يلى : حكم البيع بالتصفية وتعيين العقار وشروط البيع والثمن الأساسى الذي تضمنه الحكيم سالف البيان وفقاً لتقرير الخبرة الموع قبل صدور الحكم، ومستندات الملكية وأسماء الشركاء وموطن كل منهم، ويرفق بالقائمة بيان بالضريبة العقارية وسندات الملكية وشهادات عقارية عن العقار لمدة عشر سنوات سابقة على غيداع قائمة شروط البيع (م ٤٦١ و٤٦٥ مرافعات) وصورة رسمية من من الحكم الصادر بالبيع، ويحدد بالقائمة جلسة لنظر ما قد يقدم من اعتراضات وأخرى لإجراء المزايدة فإذا قدمت إعتراضات، سقطت جلسة المزايدة ومتى تم الفصل نهائيا في الإعتراضات، قام مباشر الإجراءات أو غيره ممن أخيروا بإيداع القائمة بتعجيل الدعوى وتحديد الجلسة التي تجرى فيها المزايدة ويقوم قلم الكتاب بالإعلان عنها. أما أن لم تقدم اعتراضات، سقطت الجلسة المحددة لذلك، وقام قلم الكتاب بالإعلان (أنور طلبه ص٥٥١) هذا بالنسبة للعقار إما إذا كان المال منقولا، ثم بيعه بالممارسة إذا وافق جميع الشركاء وإلا ثم بيعه وفقا للإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه".

وقد قضت محكمة النقض بأن "نظمت المواد ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٨ من قانون المرافعات إجراءات وقواعد بيع ذلك العقار وأحالت المادة ٤٦٨ في شان الأحكام المقررة للبيع إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب

وحددت المادة ٤٦٣ هذه الأحكام المحال إليها بالقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من ذات القانون، ولما كان إجراء البيع بالطريق السالف لا يعدو أن يكون احد إجراءات القسمة التي تتخذها المحكمة الجزئية لتحديد حصص الشركاء ى المال الشائع، فان افحالة إلى الطريق الذي رسمه قانون المرافعات سالف البيان في شان البيع مقصور أثرها على غتباع القواعد الإجرائية المتعلقة بنظام البيع دون أن يؤثر ذلك في اختصاص المحكمة الجزئية بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن غتباع ذلك الطريق بإعتبارها منازعات متفرعة عن المنازعات ألصلية المتعلقة بتكوين الحصص والتي تختص بها تلك المحكمة نوعيا" (نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ س ٦١ق) وبأنه "نظمت المواد ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٨ من قانون المرافعات إجراءات وقواعد بيع لعقار المملوك معلى الشيوع لعدم إمكان قسمته عيناً وأحالت المادة ٤٦٨ في شان الأحكام المقررة للبيع فيه إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب وحددت المادة ٤٦٣ من قانون المرافعات هذه الأحكام المحال إليها بأنها "القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث" وإذا كان البيع من صريح التحديد الوارد في هذا النص أن الشارع اقتصر في تطبيق القواعد المتعلقة بإجراءات بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب على بيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة على ما ورد من القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث دون الفرع الثانى منها وبما لا يخرج عن مقصوده إلى ذلك فيما أحاله إليه في المادة ٨٤١ من القانون المدني و٤٦٨ من قانون المرافعات سالفة الذكر وكانت قواعد تحديد جلسة لنظر الإعتراضات على قائمة شروط البيع وما يرتبط بهذه القواعد من بطلان قد وردت في هذا الفرع الثانى دون الفرعين الثالث والرابع المذكورين فان الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى هذه النتيجة وأقام قضاءه عليها يكون قد أصاب صحيح القانون" (نقض١٩٨٤/٦/٢١طعن ١٦٠٨ س ٥٠ق) وبأنه "الإعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذي تعذر قسمته عينا بالمزاد لا يعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسمة التي تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر في شأنها أمام المحكمة الإبتدائية بهيئة إستئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون" (نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ س ٦١ق، ١٩٩٣/٤/٤ طعن ١٥٠١ س ٥٦ق، ١٩٩٢/٤/١٢ طعن ١٢٥١ س ٥٢ق، ١٩٩٠/١/٢٥ طعن ٧٤ س ٥٧ق، ١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ س٥٢ق).

كما قضت بأن "اعتماد محكمة القسمة لتقرير الخبير ولما ورد به من تقدير لثمن المال الشائع موضوع طلب القسمة - لا يعتبر تعديلا في شروط البيع في مفهوم المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات - لأان التعديل في شروط البيع بحسب الحكام الواردة في المواد ٦٤٢ وما بعدها من قانون المرافعات إنما يكون بحكم من المحكمة إذا ما كان الثمن الساسى الوارد في قائمة شروط البيع محلا للإعتراض من أحد ممن جعل لهم قانون المرافعات هذا الحق " (نقض ١٩٥٩/٢/١٢ طعن ٢٢٢ س ٢٤ق) وبأنه "كان قانون المرافعات القديم قد نص في المادة ٦٢٦ على انه إذا لم تكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختياراً

وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة "بالاوجه المعتادة" بمقتضى شروط وروابط للبيع تودع مقدماً قلم كتاب المحكمة إلا أن هذا لا يعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التي يجب أن يكون الشركاء أطرافا فيها، فإذا حدد قاضى البيوع بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذي يعلن به أي خصم في أية دعوى ولا يكفي إمكان علمهم بما ينشر أو يلصق من إعلانات، إذ هم أطراف في الدعوى الذي يجب أن تتم الإجراءات جميعا في مواجهتهم وإلا كان حكم رسو المزاد غير صالح لان يحاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم إعلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهرى يعتبر اصلا من الأصول العامة في التقاضى فضلا عن انه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانوناً كحق دخوله المزاد مشترياً، أو حق طلب زيادة العشر – في حالة إعادة البيع على ذمة المزايد المتخلف عن إيداع الثمن – أو إجراء البيع في مكان آخر غير المحكمة، ويترتب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الذي يحدد للبيع، سواء لاول مرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى – لعدم طلب إجراء المزايدة بالجلسة المحددة للبيع – موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه، وإذن فالحكم الذي يبنى على أن القانون لا يوجب إعلان الشريك باليوم الذي يحدده القاضى لإجراء البيع لعدم إمكان القسمة يكون مخطئا في تطبيق القانون"

قصر المزايدة على الشركاء:

لقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٨٤١ مدني على أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع فالمشرع قد أجاز قصر باب المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع". على أن يراعى في حالة وجود غائب أو ناقص أهلية بين الشركاء أن يستأذن النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية المحكمة المختصة (دائرة الأحوال الشخصية الولاية على المال" في قصر المزايدة على الشركاء. ونلاحظ مما تقدم أن قصر المزايد على الشركاء مشروط بإجماعهم جميعا أما إذا تخلف أحدهم عن هذا الإجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع

تقسيم الثمن على الشركاء :

متى تمت قسمة المال الشائع بطريق التصفية ببيعه بالمزاد تم تقسيم الثمن على الشركاء بنسبة حصصهم ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة الجزئية المختصة.

التصديق على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء إذا كان بينهم غائب أو ناقص أهلية :

الدعوى المرفوعة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب :

إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من دارت آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً (المادة ٤١ من المرسوم بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال) مفاد ذلك انه " في حالة قيام أحد الورثة برفع دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب يجوز للمحكمة وصف هذه الدعوى بناء على طلب من ينوب عن الغائب أو ناقص الأهلية أو بناء على طلب من النيابة العامة. ولكن لا يجوز للمحكمة وقف الدعوى أكثر من خمس سنوات ميلادية ومدة الخمس سنوات تقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة فمتى بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب زال وقف الدعوى لان وقف الدعوى يزول بزوال مقتضاها ووقف الدعوى جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها، فإذا رأت أن الوقف في صالح ناقص الأهلية، قضت به وإلا رفضت الطلب وقضت في نظر الدعوى.

الدفوع المدنية في دعوى القسمة :

(١)الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو المصلحة:

من شروط قبول الدعوى أن تكون مرفوعة من ذي صفة أو مصلحة أو حق في رفعها.

وقد نصت المادة (٣) من قانون المرافعات على انه:

"لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

ولا يغني توافر المصلحة عن توافر الصفة فإذا انتفت الصفة في المدعي أو المدعي عليه كان الجزاء عدم القبول ولو توافرت المصلحة كما لو طلب شخص إبطال عقد ليس طرفا فيه فان دعواه تكون غير مقبولة لانتفاء الصفة ولو كانت له مصلحة في الإبطال.

فقد نصت المادة ١/١١٥ مرافعات على انه:

"الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعي عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه".

وعلى ذلك فالمقصود بالصفة والمصلحة التي يترتب على انتفائهما عدم قبول الدعوى،هو المصلحة بالمعنى المقصود في المادة ٣ مرافعات (١٩٨٠/٤/٢٦ الطعن ١٥٢ لسنة ٤١ق)، وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر-وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن الدفع بعدم قبول الدعوى الذي تستنفذ به محكمة الدرجة الأولي ولايتها والذي تعنيه الفقرة الأولي من المادة ١١٥ من قانون المرافعات، هو الدفع الذي يرمي إلي الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتبارها حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره-فالدفع الوارد بهذه المادة لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات وان اتحد معه في الاسم "بعدم القبول" لان العبرة في تكييف الدفع بحقيقة جوهره كما تستخلصه المحكمة من مرماه بغض النظر عن ظاهره الذي يخلعه عليه الخصم وفي ذلك ما يوجب علي محكمة الاستئناف لدى معاودتها النظر في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولي بعدم قبول الدعوى، استجلاء حقيقة الدفع بذلك تعرفا علي مدى اتصاله بخصائص المصلحة في الدعوى وتحديدا لمدى استنفاذ محكمة الدرجة الأولي لولايتها في الدعوى أو قيام حقها في استكمال نظرها في حالة قضاء محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى وبقبولها" (١٩٨٤/٥/١٥ طعن ١٨٦٣ سنة ٥٠ق).

والمقصود بالدفع بانتفاء الحق في الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن الحق موضوع الدعوى هو الدفع بانعدام الحق في الدعوى أو بسقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفه الدعوى ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا الدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى (١٩٨١/١١/٢٩ طعن ١٠١٣ سنة ٤٨ق-م نقض م-٣٢-٢١٥٦).

ولكن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة لا تتعلق بالنظام العام:

الدفع بعدم قبول الدعوى لا بعدم الصفة لا يتعلق بالنظام العام.:

وقد قضت محكمة النقض بأن "الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-لا شان له بالنظام العام إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته، فلا يحق لغيره أن يحتج بهذا البطلان. ومن ثم فلا يجوز للطاعنة-وهي من ورثة المدين-التمسك ببطلان إجراءات البيع المبني علي أن المطعون عليه السادس لم تكن له صفة في تمثيل المحجوز عليه في إجراءات التنفيذ العقاري التي اتخذها البنك" (نقض مدني ١٩٧٤/١٠/٢٢ مجموعة محكمة النقض ٢٥-١١٥٣-١٩٣) وبأنه "متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة المطعون ضده في رفع الدعوى لكونه غير مالك أو بانعدام مصلحته فيها لزوال حق الارتفاق الذي يطالب به فان هذا الدفاع يكون سببا جديدا لا يجوز إثارته لاول مرة أمام محكمة النقض" (١٩٦٨/٥/٩-م نقض م-١٩-٩١٤) وبأنه "لا شان لبطلان الإجراءات المبني علي انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى بالنظام العام إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته فإذا كان الثابت أن الطاعنة وان تمسكت أمام محكمة اول درجة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة الحراسة في رفعها إلا أنها لم تتمسك بذلك أمام محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت الحكم المطعون فيه فانه لا يقبل منها التحدي بهذا الدفع أمام محكمة النقض" (١٩٦٧/٥/٢٣-م نقض م-١٨-١٠٨٤-٢١-٢-١٩٦٧-م نقض م-١٨-٤١٨-١٩٦٨/٣/٥-م نقض م-١٩-٥٠١-١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٤ سنة ٤٣ق-١٩٧٤/١١/١٣-م نقض م-٢٥-١٢٢٤-١٩٧٤/١٠/٢٢-م نقض م-٢٥-١١٥٣-١٩٧٨/٦/٢٦-م نقض م-٢٩-١٥٥٧).

ورتبت علي ذلك انه لا يجوز التمسك به من غير من وضع لحمايته (١٩٨٦/٢/٦ طعن ١٨٨٣ سنة ٥٢ق)

وجواز التنازل عنه صراحة أو ضمنا (١٩٥٥/٧/٧) طعن ٤٠٨ سنة ٢١-الخمسين عاما المجلد الثالث-٣١٤٠-١٤٢-١٩٨٧/٦/٤ طعن ٦٧٥ سنة ٥٣ق-م نقض م-٣٨-٧٦٨).

(٢) الدفع بعدم الاختصاص :

سبق أن ذكرنا أن المحكمة المختصة نوعيا بدعوى القسمة هي المحكمة الجزئية، ولما كانت قواعد الاختصاص النوعي تتعلق بالنظام العام :

فيجوز الدفع بها من كل ذي مصلحة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لاول مرة أمام محكمة النقض وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (١٩٨٩/٢/٢٢ طعن ٢٨٠٦ لسنة ٥٧ق-١٩٨١/١/١ طعن ١٠٦٤ سنة ٤٧ق-م نقض م-٣٢-٩٧-١٩٧٦/١١/١٠-م نقض م-٢٧-٤٢٢) وهو لا ينعقد باتفاق الخصوم ولكن بقيام موجبه من القانون (١٩٩٢/١٢/١٠ طعن ٢٣٣١ سنة ٥٨ق).

(٣) الدفع بانتهاء النزاع صلحا بين الطرفين في دعوى القسمة القضائية:

لما كان اصح عقد يجسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاع متحمل وذلك بان ينزل كل منهما علي وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م٥٤٩ مدني).

فإنه لا يجوز لأي من المتصالحين أن يحدد هذا النزاع مرة أخرى إذ يفرض عقد الصلح علي كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر. فيما تم الصلح فيه لا بإقامة دعوى جديدة به ولا بالمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة مما حمسه الطرفان صحا وذلك عن طريق الدفع بانتهاء النزاع صلحا بين الطرفين.

وقد قضت محكمة النقض بأن "محضر الصلح المصدق عليه بالمحكمة لا تخرج -وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض-عن كونه عقدا قابلا للتفسير وانه مادام تفسير قاضي الموضوع له مستساغا، لا معقب عليه فيما يراه فيه" (نقض مدني ١٩٨٦/١١/١٩ مجموعة محكمة النقض ١٩-٣-١٣٨٦-٢٠٧).

(٤) الدفع بالطعن علي الصلح:

يجوز لمن يحتج عليه بالصلح أن يطعن عليه ويدفع حجيته لعلة يبدلها، ويجب علي المحكمة في هذه الحالة أن تفصل في المنازعة في عقد الصلح باعتبارها فرعا من المنازعة في الحق المتصالح عليه وتقول كلمتها في العقد أخذا به أو اطرحا له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المحتج عليه بالصلح له الطعن عليه ودفع حجيته لعلة يبديها، وجوب فصل المحكمة في المنازعة في عقد الصلح باعتبارها فرعا من المنازعة في الحق المتصالح عليه" (الطعن رقم ١٥٧٧ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٤).

(٥) الدفع بعدم قبول الدعوى لاتفاق الخصوم علي التحكيم :

إذا كان هناك اتفاق بين الخصوم علي اللجوء إلي التحكيم في المنازعات التي تنشأ بصدد عقد القسمة الابتدائي، فانه يجوز الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم.

غير أن ادفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب التمسك بشرط التحكيم قبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "التحكيم هو-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج علي طريق التقاضي العادي، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام-فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها. ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ويسقط الحق فيه لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به ومن ثم فان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعيا مما ورد ذكره في المادة ١/١١٥ من قانون المرافعات" (نقض مدني ١٩٧٦/١/٦ مجموعة محكمة النقض ٢٧-١-١٣٨ ونقض ١٩٨٠/١٢/٢ مجموعة محكمة النقض ٣١-٢-١٩٨٩-٣٦٩).

(٦) الدفع بتقادم حق الشريك المتقاسم في رفع الدعوى:

الأصل أن دعوى صحة القسمة لا تسقط بالتقادم، لان الحق الذي تحميه هذه الدعوى هو حق أبدي لا يرد عليه التقادم، سواء سجل عقد القسمة الابتدائي أو لم يسجل. فالتزام الشركاء المشتاعين أو ورثتهم من بعدهم بعدم التعرض للشريك المتقاسم أو ورثته من بعده، هو التزام أبدي حتى في ظل عقد القسمة الابتدائي. فإذا رفع الشريك المتقاسم دعوى صحة القسمة علي الشركاء المشتاعين، بعد خمس عشرة سنة من تاريخ عقد القسمة الابتدائي، ودفعها الشركاء المشتاعين بالتقادم المسقط، كان للشريك المتقاسم أن يرد علي الدفع بالتمسك بالتزام ضمان المتعرض، الذي يقع علي عاتق الشركاء المشتاعين، ويعتبر التزاما أبديا لا يرد عليه التقادم، لان من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض (المادة ٨٤٤ مدني) (محمد المنجي-دعوى القسمة ص٥٢٩).

والفرض الوحيد المتصور فيه سقوط دعوى صحة القسمة بمضي المدة من وقت صدور عقد القسمة الابتدائي-شأنها في ذلك شان سائر الدعاوى (المادتان ٤٤ إثبات و٣٨٤ مدني)-يتمثل في قيام الشركاء المشتاعين بتسليم الحصة المفرزة إلي الشريك المتقاسم، تنفيذا لالتزامهم بالتسليم (المادتان ٢٠٦و ٨٣٩ مدني) (المؤلف في عقد البيع الابتدائي ص١٤٩).

ثم يحدث في الحياة العملية أن تعود الحصة المفرزة إلي حيازة الشركاء المشتاعين، وتبقي تحت يدهم أو يد ورثتهم من بعدهم، ثم تتوافر في حقهم شروط وضع اليد علي تلك الحصة المدة الطويلة المكسبة تتوافر في حقهم شروط وضع اليد علي تلك الحصة المدة الطويلة المكسبة للملكية، أي خمس عشرة سنة، وهي الحيازة القانونية بعنصريها: المادي (أي وضع اليد الفعلي)، والمعنوي (أي نية التملك)، حيازة مستمرة ١٥ سنة (أي غير متقطعة)، وظاهرة (أي غير خفية) وهادئة (أي بدون إكراه)، وواضحة (أي بدون لبس). إذا توافرت شروط وضع اليد علي هذا النحو، فان حق الشريك المتقاسم في مطالبة الشركاء المشتاعين أو ورثتهم بنقل الملكية يسقط بالتقادم (المادة ٨٦٨ مدني)، ويصح الدفع في مواجهته بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة لرفعها بعد الاوان، أو الدفع بسقوط حق الشريك المتقاسم بالتقادم، في رفع دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة، وذلك لقعوده عن رفع دعواه، طوال المدة القانونية لكسب الملكية بالتقادم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "من أحكام عقد البيع المقررة في المادتين ٢٦٦و ٣٠٠ من القانون المدني القديم (والمادة ٤٣٩ من القانون المدني القديم) التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع علي البائع أبدا التعرض للمشتري، لان من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض. وينتقل هذا الالتزام من البائع إلي ورثته، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع. إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم-بعد تاريخ البيع-شروط وضع اليد علي العين المبيعة المكسبة للملكية. ولما كان الدفع من الورثة بسقوط حق المشتري بالتقادم، لقعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع، هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا علي ورثة البائع، فان الحكم المطعون فيه إذ قضي بقبول هذا ادفع، يكون مخالفا للقانون" (نقض مدني ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-١-١٢٨-٢١، نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة محكمة انقض ٢١-٢-٦٥٨-١٠٥، نقض مدني ١٩٨٠/١/٣١ مجموعة محكمة انقض ٣١-١-٣٦٦-٧٣).

(٧) الدفع بالإبطال لعدم استصدار إذن من المحكمة وإجراء القسمة في حالة وجود شركاء قصر:

تنص المادة ١/٤٠ من قانون الولاية علي المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ علي انه:

"على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، إذا كانت له مصلحة في ذلك. فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع، وعلي الوصي أن يعرض علي المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها.

وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية".

فالمشرع قد اوجب علي الوصي أو من في حكمه أن يستأذن المحكمة في إجراء القسمة الاتفاقية إذا كانت له مصلحة في ذلك حتى يتعين له الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع لإحاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر، ويعد أن تتم القسمة، يجب علي الوصي أو من في حكمه عرض عقد القسمة علي المحكمة للتثبيت من عدالتها، فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة.

فإذا حدث أن تمت القسمة الاتفاقية لأموال القاصر، دون حصول الوصي أو القيم أو وكيل الغائب ابتداء علي إذن المحكمة بالقسمة، أو بدون عرض نتيجة القسمة علي المحكمة للتثبيت من عدالتها واعتمادها. كانت القسمة قابلة للإبطال لمصلحة ناقصي الأهلية ويجوز الدفع بالإبطال جزاء عدم استئذان الوصي للمحكمة في إجراء القسمة الاتفاقية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إجراء القسمة بالتراضي جائز، ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، علي أن يحصل الوصي أو القيم علي إذن من الجهة القضائي المختصة بإجراء القسمة علي هذا الوجه، وعلي أن تصدق هذه الجهة علي عقد القسمة بعد تمامه، حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية. وإذا كان البطلان المترتب علي عدم مراعاة هذه الإجراءات، قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه، حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم علي تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به. فإذا هذا البطلان يكون نسبيا، لا يحتج به إلا ناقص الأهلية، الذي يكون له-عند بلوغه سن الرشد أن كان قاصرا، أو عند رفع الحجر عنه أن كان محجورا عليه-التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات" (نقض مدني ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة محكمة النقض ١٥-١-١٣١-٢٤)، وبأنه "البطلان المترتب علي عدم إتباع الإجراءات الواجب إتباعها، بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة، هو بطلان نسبي، لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (نقض ١٩٦٩/١١/٦ مجموعة محكمة انقض ٢٠-٣-١١٦٤-١٨٠)وبأنه" استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية للنائب عن ناقص الأهلية، ليس بشرط للتعاقد أو التصرف، إنما قصد به-علي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-إلي رعاية حقوق ناقصي الأهلية، وللمحافظة علي أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة، ولهم وحدهم-بعد بلوغهم سن الرشد-الحق في إبطال هذه التصرفات"(نقض ١٩٨٤/٣/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٣٥-١-٨٠٥-١٥٣) وبأنه "عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين ادفع والضرر، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا، فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال إجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد" (نقض ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة محكمة النقض ١٣-٢-٥٩٥-٨٦) وبأنه "ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال، ولو تجرد التصرف الدائن بين النفع والضرر من أي غبن، مهما كان مقدار-إفادة القاصر منه، ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر، أو أخفي حالته عنه، أو ادعي كذبا بلوغه سن الرشد، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها" (نقض ١٩٨٠/٣/١٢ مجموعة محكمة النقض ٣٠-١-٨٠٦-١٥٩).

ويلاحظ أن هذا الدفع ى يتعلق بالنظام العام، لذلك يجب أن يتم التمسك به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز الدفع به أمام محكمة النقض لاول مرة (نقض مدني ١٩٧٦/١٢/١٥ مجموعة محكمة النقض ٢٧-٢-١٨١٠-٣٠٩).

(٨) الدفع بالبطلان لعدم إخبار النيابة العامة بوجود قصر في الدعوى:

تنص المادة ٨٩ من قانون المرافعات علي انه:

"فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية:

١- الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين.

٢- الدعاوى المتعلقة بالاوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر.

٣- عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء.

٤- دعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم.

٥- الصلح الواقي من الإفلاس.

٦- الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب.

٧- كل حالة آخري ينص القانون علي جواز تدخلها فيها".

وتنص المادة ٩٢ من ذات القانون علي انه:

"في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون عي تدخل النيابة العامة، يجب علي قلم كتاب المحكمة إخبار النيابة كتابة بمجرد قيد الدعوى فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة، فيكون إخطارها بناء علي أمر من المحكمة".

فيتبين من نصوص هذه المواد أن المشرع قد أجاز للنيابة العامة التدخل في دعاوى حددها من بينها الدعاوى الخاصة بالقصر أو عديمي الأهلية واوجب علي كاتب المحكمة إخبار النيابة العامة في هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى حتى تتاح لها فرصة العلم بالنزاع وتقدير مدى الحاجة إلي تدخلها وإبداء رأيها.

ويعد إخبار قلم كتاب المحكمة للنيابة العامة إجراء جوهري يترتب علي إغفاله بطلان الحكم، ولكن هذا البطلان بطلان نسبي مقرر لمصلحة القصر دون غيرهم من الخصوم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "أجاز المشرع للنيابة العامة في المادة ٨٩ من قانون المرافعات التدخل في قضايا حددها، من بينها القضايا الخاصة بالقصر. واوجب في المادة ٩٢ من هذا القانون علي كتاب المحكمة إخبار النيابة العامة في هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى، حتى تتاح لها فرصة العلم بالنزاع، وتقدير مدى الحاجة إلي تدخلها، وإبداء رأيها فيه. ويترتب علي إغفال هذا الإجراء الجوهري بطلان الحكم، إلا أن هذا البطلان-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-بطلان نسبي، مقرر لمصلحة القصر دون غيرهم من الخصوم. وإذا كان الثابت من الاوراق، أن الولي الشرعي علي القاصر-رغم مثوله أمام محكمة اول درجة-لم يتمسك بوجوب إخطار النيابة العامة، إلا في المذكرة التي قدمها بعد قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم، والتي التمس فيها فتح باب المرافعة لإخطار النيابة العامة، فانه لا تثريب علي تلك المحكمة أن التفتت عن إجابة هذا الطلب" (نقض مدني ١٩٧٣/٣/٢٠ مجموعة محكمة النقض ٢٤-١-٤٥٢-٨١) وبأنه "عدم إخبار النيابة العامة بالدعاوى الخاصة بالقصر-وفقا للمادة ٩٢ من قانون المرافعات-يعتبر من الإجراءات الجوهرية، التي يترتب علي إغفالها بطلان الحكم. إلا أن هذا البطلان من النوع النسبي، مما لا يجوز معه لغير القصر أو من يقوم مقامهم التمسك به، ولا يجوز التحدي به لاول مرة أمام محكمة النقض" (نقض ١٩٧٩/١٢/٦ مجموعة محكمة النقض ٣٠-٣-١٧١-٣٧٢).

(٩) الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم شهر سند الملكية:

يشترط لقبول دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة أن يكون سند ملكية المال الشائع محل القسمة مسجلا. وإلا قضي بعدم قبول الدعوى قد يتنوع سند ملكية المال الشائع محل القسمة، فأحيانا يتملك الشركاء المشتاعين المال الشائع عن طريق الشراء، سواء بموجب عقد بيع مسجل أو عقد بيع ابتدائي علي النحو السالف. وأحيانا يتملك الشركاء المشتاعين المال الشائع عن طريق الميراث الشرعي طبقا لقانون المواريث ١٩٤٣/٧٧.

فإذا كان سند ملكية الشركاء المشتاعين هو الميراث الشرعي عن مورثهم. ففي هذه الحالة إذا لم يتدخل أحد من ذوى المصلحة في دعوى صحة القسمة (المادة ١٢٦ مرافعات)، ويطعن علي ملكية الشركاء المشتاعين عن طريق هذا المصدر، فانه يتعين علي القضاء قبول الدعوى. أما إذا تدخل أحد وانكر عليهم ملكيتهم، عندئذ يجب علي المحكمة المختصة اعتبار النزاع الخاص بملكية الشركاء المشتاعين مطروحا عليها لتفصل فيه.

أما إذا كان سند الملكية وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ففي هذه الحالة إذا لم يتدخل أحد من ذوى المصلحة في دعوى صحة القسمة (المادة ١٢٦ مرافعات)، ويطعن علي ملكية الشركاء المشتاعين عن طريق هذا المصدر، فانه يتعين علي القضاء قبول الدعوى. أما إذا تدخل أحد وانكر عليهم ملكيتهم، عندئذ يجب علي المحكمة المختصة اعتبار النزاع الخاص بملكية الشركاء المشتاعين مطروحا عليها لتفصل فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان يبين من الاوراق المقدمة إلي هذه المحكمة، أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى إثبات التعاقد المرفوعة منها، أنها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع، بوضع يدها المدة الطويلة المكسبة للملكية، وبان تحرير عقد بيع من نفس البائعة إلي المطعون عليهما عن هذا العقار، وقيامهما بتسجيل عقدهما، لا يؤثر علي التملك بوضع اليد. وكان يبين من الحكم المطعون فيه، انه خلو من التحدث عن هذا الدفاع، وهو دفاع جوهري له أثره-لو صح- في تغيير وجه الرأي في الدعوى. فان هذا الحكم قد عابه قصور يبطله، بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص" (نقض مدني ١٩٥٢/١٠/١٦ مجموعة القواعد القانونية ١-٦٣٧-٩٦، نقض مدني ١٩٨٣/١٢/٢٢ مجموعة محكمة النقض ٣٤-١-١٨٨٠-٣٦٩).

وإذا كان سند ملكية المال الشائع حكم صحة توقيع فلابد من تسجيل هذا الحكم لان تسجيله هو الذي ينقل الملكية، فإذا كان غير مسجل فانه يكون غير ذي حجية، لان القاضي يقتصر علي مجرد التحقق من صحة التوقيع دون بحث صحة العقد ذاته :

وقد قضت محكمة النقض بأن "دعوى صحة ونفاذ العقد هي دعوى موضوعية، تمتد سلطة المحكمة فيها إلي بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه، وتستلزم أن يكون من شان البيع موضوع التعاقد نقل الملكية، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجل العقد في نقلها. وهذا يقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة العقد، وبالتالي فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته وبطلانه-ومنها انه غير جدي أو حصل التنازل عنه-إذ من شان هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانونا، فيحول ذلك دون احكم بصحته ونفاذه ومن ثم فلا صحة لقول بان ولاية القاضي في الدعوى قاصرة علي محض ما إذا كان التصرف في المال موضوع النزاع قد صدر أم لم يصدر، إذ هي تختلف عن دعوى صحة التوقيع، التي لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية، الغرض منها أن يطمئن من بيده سند عرفي إلي صاحب التوقيع عليه، لا يستطيع-بعد الحكم فيها بصحة توقيعه-ان ينازع في التوقيع-ويمتنع فيها علي القاضي أن يتعرض للتصرف المدون في السند، من جهة صحته وانعدامه وزواله بل يقتصر بحثه علي صحة التوقيع فقط" (نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢١-١-٣٦٨-٦٠).

كذلك إذا كان سند ملكية المال الشائع محل القسمة هو حكم عقد بيع ابتدائي محكوم بصحته ونفاذه فلابد أيضا من أن يكون الحكم مسجلا وإلا قضي بعدم قبول الدعوى :

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلي المشتري تنفيذا عينيا، والحصول علي حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، مما مفاده أن المشتري يجاب إلي طلبه إذا كان انتقال الملكية إليه، وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين وإذا كان الثابت من الاوراق أن الطاعن-البائع-كان قد أقام دعوى ضد البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه، وقضي فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي، فان سحب المطعون عليها-المشترية من الطاعن-ذلك حتى تكون دعواها بصحة عقدها مقبولة، لانه إذا ما سجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية إليه، ويصبح تسجيل الحكم لها ممكنا" (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ مجموعة محكمة انقض ٢٧-٢-١٨٠١-٣٣١، نقض ١٩٦٩/٤/٨ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-٥٧١-٩٢).

(١٠) التمسك بالالتزام بضمان التعرض الذي يقع علي عاتق المدعى عليهم:

لما كان التزام المدعي عليهم في دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة الابتدائي (باقي الشركاء المتقاسمين) بعدم التعرض هو التزام أبدي (obligation parpetuele). والمقصود بأبدية التزام الضمان هو الالتزام بضمان التعرض الذي محله امتناع هؤلاء المتقاسمين عن التعرض للمدعى (الشريك المتقاسم) ودفع تعرض الغير له. فهذا الالتزام أبدي بمعني انه لا يرد عليه التقادم مهما طال عليه الزمن ومن ثم فإذا رفع المدعى دعوى صحة القسمة، ودفعها المدعى عليهم بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت تمام القسمة، ودفعها المدعى عليهم بالتقادم المسقط، كان لمدعى أن يرد علي هذا ادفع بالتمسك بالالتزام بضمان التعرض، الذي يقع علي عاتق المدعى عليهم، ويعتبر التزاما أبديا لا يرد عليه التقادم (المؤلف في دعوى صحة التعاقد ص١١٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر-علي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-ان من أحكام البيع المنصوص عليه في المادة ٤٣٩ من القانون المدني، التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهو التزام مؤيد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر، فيمتنع علي البائع أن يتعرض للمشتري، لان من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض. وبالتالي يمتنع علي البائع دفع دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم، استنادا إلي مضي أكثر من خمس عشرة سنة علي عدم تسجيل العقد أو الحكم بصحته، لان ذلك من قبيل المنازعات التي يمتنع علي البائع إبداؤها كأثر من آثار التزامه بالضمان. إلا إذا توافرت لديه-بعد تاريخ البيع-شروط وضع اليد علي العين المبيعة، المدة الطويلة المكسبة للملكية" (نقض مدني ١٩٨٠/٦/١٠ مجموعة محكمة النقض ٣١-٢-١٧٢٦-٣٢١، نقض مدني ١٩٨٥/١٢/٢٢ طعن ٢٣٩٥ لسنة ٥١ق، نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة محكمة النقض ٢١-٢-٦٥٨-١٠٥، نقض مدني ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-١-١٢٨-٢١، نقض مدني ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة محكمة النقض ١٤-١-٣٩٨-٦٢).

(١٢) الدفع بحجية الحكم في دعوى القسمة:

لما كان الحكم الصادر في دعوى القسمة القضائية والذي حاز قوة الأمر المقضي حجة فيما فصل فيه من الحقوق فلا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية.

ولكن لا تكون لذلك الحكم هذه الحجية إلا في نزاع يقوم بين الشركاء المتقاسمين انفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات المال محل الدعوى القسمة القضائية.

وعلي ذلك فالحكم الصادر في دعوى القسمة القضائية يكون ملزما للشركاء المتقاسمين اللذين كانوا طرفا في تلك الدعوى وذلك فيما حدده من نصيب لكل شريك.

فإذا قام المدعى عليهم بالطعن في هذا الحكم جاز الدفع بحجيته.

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث أن الوقائع-علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاوراق-تتحصل في أن المطعون ضدهما أقاما الدعوى رقم ٤٩٧ سنة ١٩٨٦ مدني جزئي قويسنا علي الطاعنين بطلب الحكم بتثبيت ملكيتهما لمساحة خمسة عشر قيراطا وثلاثة وعشرون سهما أرضا زراعية مبينة بالصحيفة-وقالا بيانا لذلك انهما يمتلكان هذه المساحة شيوعا في مساحة فدان واثنين وعشرين قيراطا وثلاثة وعشرون سهما بموجب عقد بيع قضي بصحة ونفاذه في الدعوى رقم ٤٠٦ سنة ١٩٦٨ مدني جزئي قويسنا كما قضي لهما في الدعوى ١٢٦٧ سنة ١٩٧٦ مدني شبين الكوم الابتدائية ضد ورثة البائع بتثبيت ملكيتهما هذا القدر إلا أن الطاعنين نازعوهما في الملكية ومن ثم أقاما الدعوى، بتاريخ ١٩٩٠/١١/٢٤ حكمت بالطلبات. استانف الطاعنون هذا الحكم لدى محكمة شبين الكوم الابتدائية بهيئة استئنافية بالدعوى رقم ٥ لسنة ١٩٩١، وبتاريخ ١٩٩١/١٢/٢٩ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستانف. طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق انقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث أن الطعن أقيم علي سبب واحد ينعي به الطاعنون علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون بفصله في النزاع علي خلاف حكم آخر صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضي وفي بيان ذلك يقولون أن الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٨١ مدني جزئي قويسنا-والمقامة منهم ضد المطعون ضدهما بطلب فرز وتجنيب نصيب مورثهم لمساحة ٢٣ س١٥ ط والتسليم قطع في أسبابه بمكيتهم لتلك المساحة ورتب علي ذلك قضاءه بفرز وتجنيب هذا النصيب لهم، وتأيد هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٣٩ سنة ١٩٩٠ مدني مستانف شبين الكوم وإذ كان هذا القضاء قد حاز قوة الأمر المقضي فقد كان علي الحكم المطعون فيه التزام حجيته أما وقد أهدرها وأقام قضاءه علي أن المطعون ضدهما تملكا أرض النزاع بوضع اليد المدة الطويلة فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي صحيح، ذلك أن المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات أجازت لخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي-أيا كانت المحكمة التي أصدرت-فصل في نزاع خلافا لحكم آخر صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضي، سواء دفع بهذا لدى محكمة الموضوع أو لم يدفع وسواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أو لم تكن مطروحة عليها وذلك احتراما لحجية الحكم السابق صدوره إذ هي أجدر بالاحترام وحتى لا يترتب علي إهدارها تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها كما وانه يصح الطعن وفقا للمادة المشار إليها حين يكون قضاء الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء سابقا حاز قوة الأمر المقضي في مسألة استقرت الحقيقة بشأنها بالفص فيها في منطوق الحكم السابق أو في أسبابه المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق لما كان ذلك،

وكان البين من الاوراق أن مكية الطاعنين لأطيان التداعي انحسمت بحكم القسمة الصادر لصالحهم ضد المطعون ضدهما في الدعوى رقم ٢٨٧ سنة ١٩٨١ مدني جزئي قويسنا والمؤيد بالاستئناف رقم ٣٣٩ سنة ١٩٩٠ مدني مستانف شبين الكوم الابتدائية باعتبار أن القسمة كاشفة للحق وليست منشئة له فحاز حكمها قوة الأمر المقضي بما لا يجوز معه إعادة النظر فيها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بتثبيت ملكية المطعون ضدهما لأرض النزاع فانه يكون قد خالف ما قضي بها انتهائيا في الدعوى سالفة البيان ويكون بذلك قد أخطأ في تطبيق القانون وفصل في النزاع علي خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم وحاز قوة الأمر المقضي ومن ثم يكون الطعن بالنقض جائزا.

وإذ استوفي الطعن اوضاعه الشكلية.

وحيث انه لما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث أن موضوع الاستئناف صالح للفصل فيه ولما تقدم يتعين إلغاء الحكم المستانف والقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

لـذلـــك :

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه، وألزمت المطعون ضدهما المصاريف ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة وحكمت في موضوع الاستئناف رقم ٥ سنة ١٩٩١ مدني مستانف شبين الكوم بإلغاء الحكم المستانف وبعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى رقم ٢٨٧ سنة ١٩٨١ مدني جزئي قويسنا والمؤيد استئنافيا بالحكم رقم ٣٣٩ سنة ١٩٩٠ مدني مستانف شبين الكوم الابتدائية وألزمت المستانف ضدهما المصارف عن درجتي التقاضي ومائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة (الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٦/٤/٩).

تدخل الدائنين في دعوى القسمة :

لما كان لدائنى الشركاء مصلحة في مراقبة إجراءات القسمة عن كتب منعا لتواطؤ الشركاء على الأضرار بحقوقهم، لذلك مكن المشرع من إدخالهم في هذه الإجراءات، إذ نصت المادة ١/٨٤٢ على أن "الدائنى كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال، إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رقع دعوى القسمة" (حسن كيرة ص٢٠٦).

واختلفت الآراء حول إدخال الدائنين في القسمة :

فالبعض يرى أن يدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية وحدها دون القسمة الاتفاقية واستندوا في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى التي قصرت ذلك على القسمة القضائية دون الاتفاقية (حسن كيرة ص٢٠٦ - محمد على عرفة ص٤٤٠ - عبد المنعم البدراوى ص١٩٠ - عبد الباقي ص٢٢٠ - الصدة ص١٩٦)

والبعض الآخر يرى أن تدخل الدائنين في القسمة يسرى على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، وان ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ليس من شانه أن يقيد من إطلاق النص، وقد أضيفت في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب، إلى آخر الفقرة الأولى العبارة الآتية "ويجب على كل حال إدخال الدائنين م المقيدة حقوقهم في الإجراءات"

والعبارة على هذا النح يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية، فبقى النص غير متمحض للقسمة القضائية، ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - العبارة المضافة فأصبحت : "ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية، ولما كانت القسمة القضائية ليست اولى من القسمة الإتفاقية بتدخل الدائنين بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية، ويدعى عن الدائنين المقيدين في القسمة الاتفاقية، الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة، قياسا على دعوى الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع مادامت حكمت تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً، بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية كما قدمنا عذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدني الفرنسى، وهو النص الذي استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدني المصرى، لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الإتفاقية" (السنهوري ص٨٨٠ - وفي نفس المعنى أنور طلبه ص٥٥٧ - منصور مصطفي منصور ص١٩٦).

الدائنون الواجب إدخالهم في القسمة :

الدائنون الواجب إدخالهم القسمة هم دائنوا كل شريك ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد، كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك (السنهوري ص٨٨٢).

ويجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط، لا يعتبر دائنا من يدعى إستحقاق المال الشائع وليست له مصلحة في التدخل في القسمة إذ هي غير نافذة في حقه إذا أثبت إستحقاقه فالدائن هو الذي يجب إدخاله ليحمى مصالحة فان لم يدخله الشركاء كان له أن يتدخل من تلقاء نفسه في القسمة الاتفاقية فيراقب مفاوضة الشركاء وأعمال الخبير المكلف منهم بإجراء القسمة، وفي القسمة القضائية بصحيفة تودع قلم الكتاب أو بحضوره بالجلسة طالبا قبول تدخله منضما لمدينة، كما له أن يعارض في إجراء القسمة بغير تدخله (أنور طلبه ص٥٥٨).

معارضة الدائنين في القسمة :

لم يشترط المشرع شكلاً معيناً لمعارضة الدائن في القسمة فقد تكون بنذار على يد محضر، وهذا أفضل، أو بخطاب مسجل أو شفاهة ويقع على الدائن عبء إثبات أن المعارضة تمت ولجميع الشركاء بمن فيهم المدين فان تمت لبعضهم فقدت أثرها القسمة لا تتجزأ الحق في المعارضة قائما حتى تتم القسمة ومتى تمت المعارضة وجب على الشركاء إدخال الدائن المعارض، ولا يلزم الدائن صاحب الحق المقيد، كالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز ويلحق بهؤلاء المشترى لجزء مفرز من أحد الشركاء متى سجل عقد البيع، بالمعارضة إذ يجب على الشركاء إدخالهم طالما أن القيم تم قبل القسمة الاتفاقية أو قبل رفع عوى القسمة (أنور طلبه ص٥٥٨)

ويترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذي بسطناه الدائن طرفا في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو من تدخله فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع في الزاد، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص، ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة، ولا إجراء القرعة ولا تجنب انصبة الشركاء المفرزة، ولا التصديق على حكم القسمة في غير مواجهة الدائن

ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال في المزاد بدلاً من قسمته عيناً إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع، كذلك لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة القضائية، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلهم قسمة اتفاقية، ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها، فان المعارضة أو التدخل ليس من شانه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها، مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البولصية. ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله (السنهوري ص٨٨٤).

دعوى الشركاء للدائن للتدخل في القسمة :

يتعين على الشركاء دعوى الدائن للتدخل في القسمة وليس لهذه الدعوى شكل خاص فقد تكون بانذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة، ويقع عبء إثبات الدعوى على عاتق من إدعى إجراءها بكافة الطرق لتعلق الإثبات بواقعة مادية فان تمت الدعوة ولم يتدخل الدائن، سقط حقه ونفذت القسمة في حقه أن كان دائنا عاديا، أما الدائن صاحب الحق المقيد، فلا تنفذ القسمة في حقه إذا ورد حقه على جزء مفرز بموجب تصرف صادر من جميع الشركاء أو بموافقتهم، فان كان وارداً على حصة شائعة أو على جزء مفرز بدون موافقة باقي الشركاء، نفذت القسمة في حقه وانتقل إلى الحصة المفرزة التي إختص بها الشريك المدين، على التفصيل المتقدم. والغاية من الدعوى إحاطة الدائن بعزم الشركاء على قسمة لمال الشائع حتى يتدخل في القسمة إذا رغب في ذلك، ومن ثم يقوم تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد الصلح المقدم في دعوى القسمة أو ما إتفق عليه الشركاء وأثبتوه في محضر دعوى القسمة وتسجيل هذا المحضر، يقوم ذلك مقام دعوى الدائنين، إذ يفترض علمهم بالقسمة افتراضا لا يقبل إثبات العكس إعمالا للقرينة القاطعة للشهر، طالما كانت هناك فسحة يتمكن معها الدائن من التدخل في الدعوى، وإلا اعتبرت الدعوى غير متحققة (أنور طلبه ص٥٥٩).

جزاء عدم دعوى الدائن للتدخل في إجراءات القسمة :

إذا كان الدائن قد وجه معارضة إلى جميع الشركاء أو كان له حق فقيد قبل رفع دعوى القسمة وبالرغم من ذلك لم يدع إلى التدخل في إجراءات القسمة ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه، فان الشركاء يكونون قد خالفوا القانون في عدم دعوى الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تتم القسمة دون تدخله أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدني فيما رأينا من أن تكون "القسمة غير نافذة في حقهم" أي في حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لهم حقوق مقيدة القسمة إذن تكون غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا، أو بعد أن قيدوا حقوقهم كاف لجعل القسمة غير نافذة في حقهم، ماداموا لم يتدخلوا فعلا في القسمة ويترتب على عدم نفاذ القسمة في حق الدائن أن يعود المال إلى الشيوع بالنسبة للدائنين، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد من أي من الشركاء لتكون نافذة في حق الدائن.

وللدائن إذا ترتب لهم ضرر من القسمة أن يرجعوا على الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذي أصابهم على أساس المسئولية التقصيرية لعدم إدخالهم في القسمة.

عدم تدخل الدائن رغم دعوته للتدخل وجزاء ذلك :

إذا لم يتدخل الدائن رغم دعوته للتدخل أو لانه لم يعارض، فتكون القسمة نافذة في حقه ولا يستطيع أن يطعن فيها إلا بالدعوى البوليصية بان يثبت تواطؤ المدين وسائر الشركاء لذلك تقضى المادة ٢/٨٤٢ من التقنين المنى بأنه "إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش".

الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى القسمة:

تنص المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩والقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧) على أن "تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم إبتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه" فيما يلى : (٣) .... دعاوى قسمة المال الشائع" ومن ثم فان الحكم الصادر في دعوى القسمة يكون قابلا للطعن فيه بالإستئناف إذا زادت قسمة الدعوى على خمسة الآف جنيه ونقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسمة والطعن استئنافيا في أحكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائيا في دعاوى القسمة، انعقاده للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى" (طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذي تعذر قسمته عينا بالمزاد لا يعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسمة التي تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر في شأنها أمام المحكمة الإبتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون" (طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١).

عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية:

أن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية لا تقبل الطعن بطريق النقض ويتبين من ذلك أن يكون الحكم قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات التي تقضى بان "للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي- أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى".

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يجوز وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الطعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة إبتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل في النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن يصدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى" (طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩) وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وكان لا يجوز وفقا لنص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن بالنقض في هذا الحكم إلا إذا كان قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ... الخ (طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٠).

حجية الحكم الصادر في دعوى القسمة :

الحكم الصادر في دعوى القسمة والذي حاز قوة الأمر المقضي يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق.

ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية.

فقد نصت المادة ١٠١ من قانون الإثبات على انه:

"(١) الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي، تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق. ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية، إلا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بذات الحق محلا وسببا.

(٢) وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

ويبين من هذه المادة أن الحكم الصادر في دعوى القسمة القضائية، الذي حاز قوة الأمر المقضي، يكون حجة فيما فص فيه من الحقوق. ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية. ولكن لا تكون لذلك الحكم هذه الحجية إلا في نزاع يقوم بين الشركاء المتقاسمين انفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بذات المال محل دعوى القسمة القضائية. وبمعني آخر فان الحكم الصادر في دعوى القسمة القضائية، يكون ملزما للشركاء المتقاسمين، الذين كانوا طرفا في تلك الدعوى، وذلك فيما حدده من نصيب لكل شريك.

ولكن لا حجية لحكم القسمة القضائية علي الشركاء في المال الشائع، الذين م يكونوا ممثلين في تلك الدعوى (عزمي البكري ص١٧٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "حكم القسمة- أيا كان الرأي في تكييفه- ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم" (طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ق – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤) وبأنه "حكم القسمة، ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم" (طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/٣/٣١)

تسجيل حكم القسمة القضائية :

يقوم المدعى بتقديم طلب مراجعة صحيفة دعوى قسمة قضائية إلي مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة التي يقع العقار أو العقارات الشائعة بدائرتها، والتي تقوم بإحالتها إلي المكتب الهندسي المختص لبحثها من الناحية المساحية وضبط مسطحات وحدود العقار الشائع محل القسمة.

وبعد أن يقوم المكتب الهندسي بإجراء الشئون المساحية وضبط مسطحات وحدود العقار الشائع محل القسمة يعيد الصحيفة إلي مأمورية الشهر العقاري لتقوم بإتمام فحص الصحيفة فحصا شاملا فحصر اوجه النقص أن وجدت خلال خمسة أيام حتى يستدركها المدعى باستيفاء البيانات الناقصة.

وفي حالة اتفاق الصحيفة مع ما تضمنه كشف التحديد المساحي الوارد بالمكتب الهندسي المختص تعيد المأمورية صحيفة الدعوى للمدعى مؤشرا عليها باصطلاح "مقبول الشهر" فيتقدم بها إلي المحكمة الجزئية المختصة لقيدها وتحديد جلسة لنظرها، ثم إعلان باقي الشركاء المشتاعين لحضور الجلسة.

وعند حصول طالب التسجيل علي حكم القسمة القضائية السالف، يتقدم بصورة رسمية منه لذات مأمورية الشهر العقاري الجزئية، وتكون هذه الصورة مكتوبة علي الورق الأزرق المدموغ المخصص، للمحررات المشهرة، ويستخدم هذا الورق علي الوجهين، ويستعمل في الكتابة الحبر الأسود، ولكن يجوز أن يكون مشروع الحكم مكتوبا علي ورق أبيض ذا هامش عريض.

ويقدم للمكتب مع الحكم المذكور كافة المرفقات المؤشر عليها بالصلاحية للشهر، والمدونة بياناتها بمعرفة المأمورية، حيث نتسخ صورة طبق الأصل منا ويتعين علي الموظف المختص بالمكتب تسليم طالب تسجيل حكم القسمة القضائية (حكم الفرز والتجنيب) إيصالا يفيد استلام الحكم ومرفقاته وأسبقية التقديم، حيث يوجد بكل مكتب (دفتر للأسبقية والحركة) تثبت فيه المحررات التي تقدم للشهر بأرقام متتابعة حسب أسبقية تقديمها، مع ذكر التاريخ والساعة، وأخيرا يتم تلخيص الحكم في نموذج معد لذلك، ويقوم بهذا التلخيص أحد الأعضاء القانونيين بالمكتب.

ثم تتم المراجعة الأولي للمحرر من الناحية المالية، التي يقوم بها مكتب للشهر العقاري الرئيسي المختص-بعد تقديم المحرر إليه برقم أسبقية، وذلك بمعرفة العضو الإداري المختص بتقدير ومراجعة رسوم الشهر العقاري المقررة علي المحرر، وهذه المراجعة تتعلق بسلامة تقدير رسوم التوثيق والشهر، وما يتصل بالجانب المال للمحرر، ولا يجوز تقدير الرسوم المستحقة علي المحرر أو مراجعتها، إلا بعد التأكد من تضمين المحرر المعد للشهر اتساع عرض الشوارع بالأرقام والحروف الهجائية.

وبعد المراجعة الثانية للمحرر من الناحية القانونية، التي يقوم بها مكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص-بعد إتمام المراجعة الأولي من الناحية المالية-بمعرفة العضو الفني القانوني، للتحقق من سلامة المحرر ومطابقته لصحيح القانون، وخلوه من التحشير أو التغيير أو الإضافة غير المتعمدة، ومطابقة بياناته المدونة علي المستندات المرفقة-دون التطرق لإعادة بحث الملكية والتكاليف. فإذا لم تسفر المراجعتان المالية والقانونية عما يوجب إيقاف شهر المحرر-حكم القسمة القضائية (حكم الفرز والتجنيب)-يؤشر بما يفيد الشهر عن طريق التسجيل، ثم يدون (بدفتر الشهر) برقم مسلسل بتاريخ التسجيل، ويحسب قيده (بدفتر الأسبقية والحركة). ويوجد هذا الدفتر بكل مكتب للشهر العقاري، وتثبت فيه البيانات المعينة للمحررات المقدمة للتسجيل بأرقام متتابعة بحسب تقديمها، مع ذكر اليوم والساعة. ويتم القيد في هذا الدفتر بكل عناية ودقة، مع تدوين أسماء أطراف المحررات، وما ورد بها من بيانات جوهرية أخرى، ولا يجوز إجراء كشط أو محو أو شطب أو تحشير في (دفتر الشهر).

ويتعين علي العضو الفني المختص بالقيد في هذا الدفتر التوقيع عليه بخط واضح، عند انتهاء العمل في الدفتر يوميا مع بيان التاريخ، علي أن تراجع البيانات المثبتة فيه علي المحررات، ويؤشر أمين المكتب أو الأمين المساعد بإقفال الدفتر، مع توقيعه مقرونا بالتاريخ.

يجوز الحصول علي صورة رسمية فوتوغرافية أو خطية، من حكم القسمة القضائية (حكم الفرز والتجنيب) مؤشرا عليها بمطابقتها للأصل. بعد دفع الرسم المقرر (المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية للقانون، مستبدلة بقرار وزارة العدل ٩٤٨ لسنة ١٩٧٦).

حيث تعد من النسخة الأصلية صورتان فوتوغرافيتان، تسلم إحدى الصورتين لطالب التسجيل بعد التأشير عليها بمطابقتها للأصل، وترسل الصورة الأخرى إلي دار المحفوظات بمصلحة الشهر العقاري، وذلك بطريقة دورية كل عشرة أيام (م٥٤٥/٣ تعليمات).

وإذا حدث في الحياة العملية، أن تراخي طالب التسجيل في التقدم إلي مكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص لاستلام صورة حكم القسمة القضائية، (حكم الفرز والتجنيب) المسجل، بعد مضي أسبوعين من حصول التسجيل، فيتعين علي المكتب إرسال الصورة إليه بالبريد المسجل حسب العنوان الموضح بالحكم المسجل، علي أن يتم ذلك خلال الأسبوع الثالث من حصول التسجيل (م٥٤٨ تعليمات).

الآثار المترتبة علي قسمة المال الشائع :

يترتب علي قسمة المال الشائع عن الآثار لعل أهمها علي الإطلاق :

(١) إفراز المال الشائع :

يقصد بإفراز المال الشائع : اختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع. وهذا هو الأثر الجوهري للقسمة بنوعيها الاتفاقية والقضائية.

وإذا كانت القسمة تعمل علي اختصاص الشريك بجزء مفرز يختص به دون غيره من الشركاء، فانه من الضروري أن يحصل كل شريك علي الحصة التي آلت إليه بموجب القسمة خالية من كل القسمة خالية من كل التصرفات السابقة علي القسمة، والتي يكون أحد الشركاء قد رتبها عليها قبل القسمة.

ومن أجل ذلك جاء نص القانون المدني مقررا ذلك في المادة ٨٤٣ من القانون المدني المصري، والتي تنص علي انه:- "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ انتملك في الشيوع، وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص".

تكييف عملية القسمة بما تحدثه من إفراز :

كان تكييف عملية القسمة بما تحدثه من افراز محل تطور كبير في الشرائع المتعاقبة، فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية وذلك على أساس تكييفهم أصلا حق الشريك المشتاع، غذ كان السائد عندهم أن كل شرك مشتاع يملك بقدر حصته الرمزية في كل ذرة من ذرات الشئ الشائع، ولذلك كان طبيعيا حتى تتم القسمة فتختص كلا منهم بنصيب قاصر عليه وحده، أن يكون ذلك نتيجة عملية مبادلة أو مقايضة بمقتضاها ينزل كل شريك متقاسم للآخرين عما كان له من حصة في انصبائهم المقسومة لهم مقابل تلقيه ما كان لهم من حصص فيما وقع له بالقسمة من نصيب، ونظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القسمة مشابهة لنظرة الرومان إليها على هذا النحو. ولكن الفقة الفرنسى القديم قد اعتبر القسمة " كاشفة لا ناقلة " لحق المتقاسم، بمعنى أنها لا تنقل حقوقا جديدة فيما بين المتقاسمين وإنما تكشف عما لهم من حقوق سابقة من قبل ولكن مع تحديد محل كل منها التحديد المادى المطابق لحصة كل متقاسم بحيث تثبت له وحده ملكيته الاستئثاريه الخالصة. وتابع المشرع الفرنسى الحديث في مطلع القرن الماضى هذا التأصيل فأعلنه في التقنين المدني، ولكنه في تعبيره عنه أبرز أساس ما يختلط به من أثر رجعى (م ٨٨٣) وفي مصر اختلف الفقه بشان تكثيف أثر القسمة فالبعض ذهب إلى أن القسمة كاشفة وليست ناقلة للملكية فيقول الأستاذ إسماعيل غانم أن " التحليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو انه حق ملكية محله المادى الشئ الشائع كله، وان كان محدداً تحديداً معنويا بحصة الشريك في الشيوع فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشئ الشائع يختص به وحده لا تكسبه حقا جديداً لم يكن له من قبل فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادى الشئ الشائع كله، وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى فبعد أن كان حق الشريك برد على الشئ كله ولكنه يحدد تحديد معنويا بالثلث مثلا، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشئ الشائع كله أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محدداً تحديداً ماديا بجزء معين من الشئ يختص به الشريك وحده ويعادل الحصة التي كانت له في الشئ كله، القسمة إذن لا تنقل للمتقاسم حقا جديداً وإنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق في نطاقه المادى والمعنوى يجعلهما متطابقين فتزيل بذلك العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشئ والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته

وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فان وصفها بأنها كاشفة يكون معبراً عن حقيقية الحال ... وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقية، وغنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها فلا محل للتضييق في تطبيقه ...(إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ق٢٦١ – ص ٣٦٣).

ويقول الأستاذ حسن كيرة القسمة إذن لها أثر كاشف بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديداً لم بكن له، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع والممتد بعد القسمة، ولكن بتعديل جوهرى في محله فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشئ الشائع كله دون تحديد فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشئ الشائع كله دون تحديد تاتى القسمة فتعلن ما كان قائما له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره – بما يطابق ما كان له من حصة معنوية – في جزء مادة مفرز من هذا الشئ فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق يجعل سلطأنها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة للمقسوم له وحده فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادى والحصة المعنوية بما يمنع معه كان مصاحبا للشيوع قبل القسمة – نتيجة انعدام هذا التطابق – من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل، (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص٥١٢).

ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة " أن حق الشريك المشتاع، أن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة إلا انه يرد من الناحية المادية على الشئ الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك وذلك بإفراز جزء من الشئ الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصاً تاماً، والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك مالك، الشيوع فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً، ونما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة، وهي لا تخول الشريك حقاً جديداً بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا، لانه مستمد من طبيعة القسمة (عبد المنعم فرج فقرة ١٥٣ ص٢٣٧).

ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء، ويذهب على النقيض منهم إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة فيقول، وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذي اختص به لا يمنع من القول أن القسمة ناقلة فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذي كان لغير المتقاسم على الجزء الذي اختص به، وبإجتماع هذا الحق مع ما كان للمتاقسم من قبل تخلص له الملكية مفرزة

ويرد الأستاذ منصور مصطفي منصور على الفكرة الرئيسية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء من أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذي كان قائماً وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادى، بما يأتى :" معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى أنها تعطى الشريك، الذي له المثل مثلاً حقا له كل مضمون الملكية على تلك الشئ بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشئ كله، ولا يمكن في ظل هذا التفسير – أن نقول أن القسمة قد أبقت على الحق ذاته أن حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون فقبل القسمة كان له حق يرد على شئ ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية وبعد القسمة أصبح الشريك حق يرد على جزء الشئ ومضمونه هو كل مضمون الملكية، وهو ما يكفي – في تقديرنا للقول أن القسمة تعطى الشريك حقاً آخر غير الحق الذي كان له أثناء الشيوع (منصور مصطفي منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص١٧١).

أما أستاذنا السنهوري فيرى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل لان الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده وكان هذا النصيب قبل القسمة، وفي أثناء الشيوع ملكاً للشريكين لكل منهما النصف، فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، وأثر ناقل على النصف الآخر، ويكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل. ولما كان هذا الأثران يتعارضان لم يبق إلا أن نغلب أثراً على آخر في المواضع التي يحسن فيها، من الناحية العملية، تغليب هذا الأثر، فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه وتارة الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك. ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعى تغليب الآثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعى تغليب الأثر الناقل فقد سار التقنين المدني على النهج التقليدى وعمم أثر القسمة، فجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً (السنهوري ص٨٩٠).

قصر إعمال الأثر الرجعى على الحالات التي يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة :

فعلة تقرير الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع لذا يجب قصر أعمال الأثر الرجعى في هذا النطاق واستبعاده من جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الثمار التي تنتج من المال الشائع قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجزاء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة، ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ مدني من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقيمة هي حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات- التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة" (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص١١٤٥) وبأنه "الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء ميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة، ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة" (جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ق س١٦ ج٣ ص١٤٦).

مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة :

اولا : من حيث التصرفات :

كل تصرف من شانه أن ينهي الشيوع يكون ومن ثم تكون القسمة النهائية أيا كان نوعها قضائية كانت أو اتفاقية عينية أو قسمة تصفية بمعدل أو بغير معدل كلية أو جزئية يكون لها أثر كاشف إذ أنها تؤدى إلى انتهاء الشيوع أما القسمة المؤقتة وهي قسمة المهايأة فليس لها أثر كاشف إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى نهائية وهناك تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف كبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر ذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشترى، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلاً، ومن ثم يعتبر الشريك مالكاً للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع لا من وقت البيع، أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك خر، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لان القسمة من المعاوضات لا من التبرعات، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة (السنهوري ص٩٠٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٨٤٣ من القانون المدني على أن " يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يمتلك غيرها شيئا في بقية الحصص" يدل على أن القسمة كاشفة للحق سواء كانت رضائية أو قضائية، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وتثبت الملكية بها بين المتقاسمين حتى قبل تسجيلها" (نقض ١٩٨٦/٢/٩ طعن ١٦٨٧ س ٥٢ق) وبأنه "يدل نص المادة ٨٤٣ من القانون المدني على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يتملك غيرها في بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المقرر الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق بوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها" (نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ طعن ١٥٤٧ س ٥٢ق، نقض ١٩٨٣/٤/٢٦ طعن ٣٧٦ س ٤٣ق) وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ١٢٦ فقرة ثانية من القانون المدني على انه "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن، وان لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزاً أو شائعا وان يبيع أبنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ومن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه بان البائع لا يملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون على غير أساس" (طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥) وبأنه "نص المشرع في المادة ٨٢٦ من القانون المدني على أن : "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز ن المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة

ثم نص في المادة ٩٣٦ من هذا القانون على انه "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى اجنبى" يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع كله محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء ف الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحاًً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فانه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع، وفقا لصريح عبارة النص في المادة ٣٦ من القانون المدني"(طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/١) وبأنه "يدل نص المادتين ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً، وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع، وبالتالى يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع" (طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤).

كما قضت بأن "مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل على انه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقا هذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وان لايقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه انه لا مجال لإعمال الحلول العينى أن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فان أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكاً لحصة شائعة فيه فانه يمتنع في هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالما أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه ... إلخ " (طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢).

ثانياً : من حيث الأشخاص :

مادامت القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فان أثرها الكاشف يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص المتقاسمين أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة ويستوى في ذلك من كان يملك في الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك في الشيوع بعد ذلك مادام انه مالك في الشيوع وقت القسمة، ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة، فليس من الضرورى إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوع قد استمدوا حقوقهم من سند واحد، بل قد تختلف سندات التمليك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول، ومع ذلك يسرى الآثر الكاشف لقسمة المال الشائع بالنسبة إلى الاثنين معاً (السنهوري ص٩٠٤).

ويسرى أيضا الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير ولا فرق في ذلك بين دائن عادى أو دائن مكتسب لحق عينى أصلى أو دائن بحق قيد. فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتهن، فان هذا الدائن- وهو من الغير- يسرى في حقه الأثر الكاشف، ويترتب على ذلك انه عقد القسمة ينتقل إلى شريك آخر غير الشريك الراهن، نصيبه المفرز خالياً من الرهن، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى في حق الدائن المرتهن وهو من الغير، وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقاراً شائعاً، ووقع هذا العقار كله في نصيب مالك مشتاه آخر، فانه ينتقل إلى هذا المالك خالياً من الرهن

وبذلك يسرى الأثر الكشاف هنا أيضاً في حق الدائن المرتهن، بل أن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه في ثمن العقار، فان المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مبلغاً من النقود، وقد أصبح هذا المبلغ ضماناً لدائنيه جميعاً ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن.

ثالثا : من حيث الأموال :

يتناول الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة وتم افرازها سواء كانت هذه الأموال عقار أو منقول وسواء كانت اشياء مادية أو حقوق معنوية كحق المؤلف وحق الإختراع ومن ثم يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يلى :

الحقوق الشخصية : التي تشتمل عليها التركة فهي لا تدخل في الشيوع مع أموال التركة الشائعة، بل تتقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة، ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة، بل هي منذ البداية تتقسم بين الورثة كما قدمنا، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها ويعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصى من وقت وفاة المورث، لا يفضل الأثر الكشاف للقسمة، بل يفضل انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث.

معـدل القسمـة :

وهو أيضا يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف لان معدل القسمة لم يكن شائعاً وأفرز وإنما هو مال مملوك ملكية مفرزة بدفعة الشريك لزميله المتقاسم حيث تتواز الانصبة فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار، على أن يدفع صاحب الأرض معدلاً لصاحب الدار، فان هذا المعدل مال أجنبى عن الأموال التي أفرزت القسمة وهي الأرض والدار، فيسرى الأثر الكشاف على كل من الأرض والدار، ولا يسرى على المعدل، ومن ثم يعتبر كل من الأرض والدار ملكاً لصاحبه من وقت بدء الشيوع لا من وقت القسمة أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف فيقوم التزاماً في ذمة المدين به بموجب القسمة، ولكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف، فلو أن المعدل كان عقاراً بان التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلاً صغيراً معدلاً للقسمة، فان القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل

الآثار المترتبة على اعتبار القسمة كاشفة :

من أهم الآثار المترتبة على الآثر الكاشف للقسمة ما يلى :

١- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز :

بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع في حصته الشائعة أو في جزء مفرز من المال الشائع، ورأينا انه عند القسمة ووقع جزء مفرز من المال الشائع ى نصيب أحد الشركاء، فان هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التي صدرت من شركائه الآخرين في أثناء الشيوع ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة، فالشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكاً له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ومن ثم ينفذ في حقه أي تصرف وقع من شريك آخر في أثناء الشيوع، ولا يثبت وينفذ إلا من التصرفات الصادرة منه هو في هذا الجزء المفرز وهذه هي أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة، وقد رأينا أن فكرة الأثر الكشاف نفسها لم تنبت في القانون الفرنسى القديم إلأا لتحديد مصير التصرفات التي تصدر من الشركاء في أثناء الشيوع ختى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خالياً من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو

ويترتب على ذلك أن الشريك الذي خلص له نصيبه المفرز خالياً من تصرفات شركائه يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية، فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع، ووقع هذا المال بالقسمة في نصيب شريك آخر، فان هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذي رتبه شريكه. كذلك إذا باع شريك مالاً شائعا أو وهبه، ووقع المال الشائع بالقسمة في نصيب شريك آخر، فان عقد البيع أو الهبة الصادرة من الشرك الأول يسقط ويخلص المال للشرك الآخر خاليا من هذه التصرفات ومن باب اولى يسقط حق امتياز البائع إذا اشترى شخص المال الشائع مع شريك لم يقع في نصيبه هذا المال عند القسمة، بل آل إلى شريك آخر (السنهوري ص٥٠٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المادة ٨٤٣ من القانون المدني إذا نصت على أن "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص، فقد دلت على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية لها أثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يمتلك غيرها في بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مظهراً مجن هذه الحقوق ويوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن العقد مسجلاً" (جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ الطعن رقم ٧٤٥ سنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٦/٣/٩ الطعن رقم ١٩٨٧ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٢ق) وبأنه "وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب كل منهم" (جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٤٣ق ،جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص١٤٦٥) وبأنه "يدل نص المادة ٨٤٣ من القانون المدني على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كان عقداً أو قسمة قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يمتلك غيرها من بقية الحصص وذلك حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلاً" (جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ق س ٣٠ ع٢ ص٢٢، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ الطعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ق س ٣٠ ع٢ ص٤٦٨، جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ق س١٦ ع٣ ص١١٤٥) وبأنه "إذ كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدني قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الأموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذي عمل به اعتباراً من ١٩٥٧/٧/١٣ على انه لا يجوز تملك الاوقاف الخيرية أو كسب أي حق عينى عليها بالتقادم فان حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم المشترين حتى صدور قرار لجنة القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢٢ بفرز حصة الخيرات في الوقف لا تؤدى إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملاً بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة وقف خيرى شائعة فيها، ولا يقدح في ذلك أن المادة ٨٤٣ من القانون المدني تقضى بإعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع

ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة في هذا النطاق واستبعاد جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة لما كان ذلك، وكان سند الطاعنين في تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً من غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى، ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التي تلت صدور حكم القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢١ لا تكفي لتملكهم محل النزاع بالتقادم الطويل فان الحكم المطعون فيه إذ رفض إدعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون" (جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ق س٣١ ص١٦٩٨) وبأنه "لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ في حق باقي الشركاء بل يظل معلقاً على نتيجة القسمة، إلا انه يعتبر صحيحاً ونافذا في حق الشريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة، أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهن بوقوعه في نصيب الشريك البائع فان وقع في غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذي يقع في نصيبه نتيجة للقسمة، وينبنى على ذلك انه إذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائع، انتقلت إليه ملكية هذا القدر المفرز في مواجهة البائع له في فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف في هذا القدر إلى الغير، فان تصرف فيه كان بائعاً لملك الغير فلا يسرى هذا البيع في حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذي انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه" (طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٧).

كما قضت بأن "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء، فان المشتى في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني- حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله في القسمة، وقد تمت هذه القسمة بين الشركاء، فانه تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من أنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف على الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة" (طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١/٣٠) وبأنه "مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل على انه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقاً لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وان لايقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه انه لا مجال لإعمال الحلول العينى أن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فان أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكاً لحصة شائعة فانه يمتنع في هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالماً أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مساحة ٤ف سائغة في ١٠ف التي اختص بها ووالدته، وشقيقاه وأقام قضاءه

هذا على أن حق المطعون عليه الأول قد انتقل بقوة القانون إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ سالفة البيان إلى الحصة الشائعة التي يمتلكها البائع له من المساحة التي اختص بها ومن معه في حين انه لا مجال لإعمال الحلول العينى طالما بقيت حصة البائع شائعة ولم تسفر القسمة عن اختصاصه بقدر مفرز فانه يكون قد قضى في الدعوى على خلاف سند المشترى، وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وأعمل الحلول العينى على خلاف مقتضى القانون" (طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢).

٢- عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى :

فالقسمة لاتصلح سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم الخمسى القصير، ذلك أن السبب الصحيح تصرف ناقل للحق بطبيعته لو انه كان صادراً من صاحب الحق والقسمة مجرد تصرف مقرر أو كاشف للحق ولكن ليس ثم ما يمنع إذا وجد في الأصل تصرف ناقل للملكية كالبيع على الشيوع وصح وصفه حينئذ بالسبب الصحيح في حكم التقادم الخمسى، من أن تدخل القسمة كذلك في الاعتبار كعنصر مكمل للسبب الصحيح الأصلى لتكون بداية للحيازة المنزهة عن عيب الغموض تحتسب من تاريخها مدة التقادم القصير (حسن كيرة ص٢١٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يصح اعتبار عقد القسمة سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسى، ذلك أن القسمة وفقاً للمادة ٤٥٧ من القانون المدني القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدني الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة له، ويشترط في السبب الصحيح أن يكون من شانه نقل الملك الحقيقى لا تقريره" (طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩).

٣- لا يشترط في التصرفات الكاشفة أن تسجل إلا للإحتجاج بها على الغير :

يفرق القانون المصرى بين التصرفات المنشئة أو الناقلة وبين التصرفات الكشافة الواقعة على عقارات من حيث أثر التسجيل، فبينما لا تنتقل الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بتسجيل التصرفات المنشئة أو الناقلة لها سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة إلى الغير، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لهذه الحقوق أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة إلى تسجيل بولكن لا يمكن الإحتجاج بها على الغير إلا بتسجيلها (م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقارى) ولم يكتف المشرع بتقرير المبدأ العام وهو وجوب تسجيل هذه التصرفات الكشافة و المقررة لإمكان الإحتجاج بها على الغير، بل أكد – على وجه التخصيص- سريان هذا الحكم على " القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة" (م١٠ من قانون الشهر العقارى) وعلى ذلك خالقة تسجيل ولكنها لا تكون حجة على الغير إلا بالتسجيل (حسن كيرة ص٢١٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وبأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة" (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص٥٠٣) وبأنه "مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٦ انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذ سجلت القسمة والغير في حكم هذه المادة هو من تلقى حقا عينياً على العقار على أساس انه ما زوال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فانه لا يعتبر غيراً ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة" (جلسة ١٩٩١/١/١٦ الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٢ق)

وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض أن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين لآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجل القسمة" (جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠ الطعن رقم ١٨٦٩ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ق س١٥ ج٢ ص٥٠٣).

كما قضت بأن " لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز إذا كان البيع شائعاً ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع في نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه لان القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب على إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون" (جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ق س ١٦ج٣ ص١١٧٢) وبأنه "الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الإحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع" (جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ق س١٧ ص٤١٢) وبأنه "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقاً عينياً على العقار الشائع على أساس انه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقاً للقانون قبل شهر سند القسمة" (جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ق س١٦ ج٢ ص١١٧٢) وبأنه "مؤدى المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ انه بمجرد حصول القسمة وقبل التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاًً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم، وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة" (جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ق ص١٥ ج ٢ ص٥٠٣) وبأنه "مؤدى المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ انه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التسجيل في هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصوناً لحقه فانه يكون له أن يرتضى القسمة التي تمت ويعتبر بذلك تنازلاً عن هذا الحق الذي شرع لفائدته" (جلسة ١٩٥٩/١/١٥ الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ق س١٠ص ٤٣) وبأنه "تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى" ذلك على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بتسجيل وان الطاعن في هذا الصدد يعد غير من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس انه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع غير لانه صاحب حق شخصى" (جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٢١٢٨، جلسة ١٩٨٤/٦/٥ الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٣٠٤) وبأنه "مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة، والغير في حكم هذه المادة هو من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس انه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فنه لا يعتبر غير ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجيل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة" (جلسة ١٩٩١/١/١٦ الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠ الطعن رقم ١٨٦٩ سنة ٥٧ق)

وبأنه "مفاد نص المادة ٨٤٣ من القانون المدني يدل على أن القسمة مقررة أو كشافة للحق سواء كانت رضائية أو قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وانه لم يمتلك غيرها بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص كل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويصبح المشترى بعقد ابتدائى في وضع يده على هذا النصيب إذا آل لغير البائع له مجرداً من السند، يكون للمتقاسم الذي اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشترى كما يكون للأخير ولو لم يسجل عقده الحق في استلام ما يوازى القدر المبيع في حصة البائع له" (جلسة ٢٠٠٥/٢/٨ الطعن رقم ٥٠٣٩ سنة ٧٣ق، جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ مجموعة المكتب الفنى س٣١ ع٢ ص١٦٩٨، جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ مجموعة المكتب الفنى س٣٠ ع٣ص٢٢٠، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ مجموعة المكتب الفنى س ٣٠ ع٢ ص٤٦٨، جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفنى س٢٢ ع٢ ص٢٢٧٧، جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ مجموعة المكتب الفنى س١٣ ع١ ص١٢٧) وبأنه "لما كان يترتب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدني فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك على الشيوع وانه لا يملك غيرها في بقية الحصص، وان تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، ويعتبر كل متقاسم في علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بتسجيله، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشان حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع أطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعاً جوهرياً كان يتعين التصدى له ومناقشته، إذ لو ثبتت القسمة لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، فانه يكون مشوباً بالقصور" (نقض ١٩٧٥/١١/٢٤ طعن ٤٩٦ س ٤١ق) وبأنه "أن القسمة لا تعد حجة على الغير، وهو من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس انه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة فالمشترى لحصة شائعة ى عقار من أحد الشركاء على الشيوع إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة يعتبر من الغير، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء مقسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها، وعلى ذلك لا يعد المشترى خلفا خاصا لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل أما قبل ذلك فهو ليس إلا دائنا عاديا للبائع" (جلسة ٢٠٠٥/٢/٨ الطعن رقم ٥٠٣٩ لسنة ٧٣ق، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨مجموعة المكتب الفنى س٢٢ ع١ ص١٣٠٤، جلسة ١٩٨٠/١٢/٩، جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ ...... س٢٦ ع١ ص٣٠١، جلسة ١٩٦٤/٤/٢ س١٥ع١ ص٥٠٣) وبأنه "الغير في حكم المادة العاشرة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ في شان تنظيم الشهر العقارى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو من تلقى حقا عنينا على العقار على أساس انه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً لا يعتبر غير لو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، ومن ثم فان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزاء مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليه في شانه ما يترتب عليها من شان المتقاسمين من أنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بمنتهي القسمة" (جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض س٣١ ص٤٧٩)

وبأنه "إذا أقر الورثة القسمة التي أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمة، وصدقت المحكمة على هذه القسمة وسجل محضر الخبير، ثم تصرف أحد الورثة في نصيبه المقسوم كله اوب عضه بعقود مسجلة أو ثابتة التاريخ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك عل تقسيم جديد لتلك الأطيان لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطريق الشراء عن أحدهم، فعقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافذة على اولئك المشترين، وإنما هو عقد بدل بين ملاك، لا يكون حجة على غير المقتسمين إلا إذا سجل وبدون ذلك لا يمكن الإحتجاج بهذا البدل على الغير الذي اكتسب حقاً على الحصة التي اختصن بها الوارث البائع له بموجب القسمة الأولى وحفظ هذا الحق بالتسجيل" (نقض ١٩٣١/١٢/١٧ طعن ١٦ س ١ق).

كما قضت محكمة النقض بأن "القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين، ويترتب عليها في شانه ما يترتب عليها في شان المتقاسمين من أنهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة - إلا أن شرط ذلك وطبقاً لما نصت عليه المادة ٨٣٥ من القانون المدني- أن ينعقد إجماع الشركاء على الشيوع على قسمة المال الشائع، فإذا لم يختصم الشريك المتصرف في حكم القسمة، فانه لا يوز الاحتجاج به عليه ولا على خلفه العام أو الخاص أخذا بما هو مقرر قانوناً من أن حجية الأحكام نسبية فلا يحاج بها إلا على أطرافها" (نقض ٢٠٠٢/٤/٩ طعن ١٥٤٨ س ٦٩ق) وبأنه "وفقاً للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص، وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة اشلركاء المتقاسمن الذين كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم" (طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦) وبأنه "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت" (طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢١) وبأنه "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة ... إلخ" (طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠) وبأنه "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة لنصيبه، عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة. الغير ما هتيه" (طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠) وبأنه "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه، عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة، المقصود بالغير في حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى" (طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥) وبأنه "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزاً فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٨٢٦ /٢ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزاً من أحد المتقاسمين من أنهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكاً الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة

ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزاً لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته، طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع بموجب تلك القسمة" (طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١/٣٠) وبأنه "مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهرى العقارى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة، وان الغير في حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقاً عينياً على العقار على أساس انه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزاً فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شان المتقاسمين من أنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة" (طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩) وبأنه "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفا فيها" (طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨) وبأنه "قضاء هذه المحكمة قد جرى بان تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، وذلك على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بالتسجيل وانه في هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس انه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيل قبل تسجيل القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيراً لانه صاحب حق شخصى"(طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧)

جواز تمسك الغير بالقسمة غير المسجلة :

إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت فان الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلين فالمشترى للحصة الشائعة إذا قام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة فان المتقاسم وان كان لا يستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة إلا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء، فقد أصبح بشرائه الحضة الشائعة شريكاً معهم، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن "أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لان التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقع به" (طعن رقم ٣٤ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/١/٢٩)

وبأنه جرى قضاء هذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً حق الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وبنفع على من لم يقم به" (طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٧).

٤- يختلف الغبن في القسمة الاتفاقية عن الغبن في بيع عقار القاصر:

من حيث وجوب إكمال النقص إذا زاد الغبن على الخمس إلى ما يوازى كامل حصة المتقاسم الرمزية في الحالة الأولى وإلى أربعة أخماس ثمن المثل في الحالة الثانية، وأساس هذه التفرقة هو اختلاف الطبيعة بين البيع والقسمة بإعتبار الأول ناقلاً والثانية كاشفة، فالقسمة بإعتبارها كاشفة تقرر حق المتقاسمين السابقة وتحقق المطابقة فيها بين المحل المادى والحصة المعنوية لابد وان تقوم على مبدأ المساواة التامة في هذه المطابقة، أما البيع باعتباره ناقلا للملكية فيترك المجال لبعض المخاطرة والمفارقة المحتومة المسموحة بين الشئ والثمن (حسن كيرة ص٢١٥).

(٢) ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض التعرض والاستحقاق في القسمة:

إذا كانت القسمة تستهدف افراز نصيب مادى محدد من الشئ الشائع لكل متقاسم يستأثر وحده بملكيته الخالصة بحيث يأتى هذا النصيب المادى مطابقا لحصته المعنوية في الشيوع، فلا تخدو الحال من أن يظهر بعد القسمة تعرض لأحد المتقاسمين بسبب سابق على القسمة قد ينتهي إلى استحقاق نصيبه كله أو بعضه للغير، فمن العدل - ولابد للمتقاسم الذي استحق نصيبه فيما أصابه من استحقاق - أن يشترط باقي المقتسمين معه في تحمل مثل هذا الخسران، من أجل ذلك، فرض المشرع على المتقاسمين التزاما بالضمان (م ٨٤٤ مدني) فاوجب على كل متقاسم أن بضمن للمتقاسمين لآخرين ما يقع بهم من تعرض أو استحقاق في المال المفرز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما في البيع وقائما على انه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشترى الملكية التي نقلها له، فغن هذا الضمان في القسمة، والقسمة كاشفة لا ناقلة يقوم على أساس آخر و أن القسمة تقتضى المساواة لتامة فيما بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان، ويجب فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض الاستحقاق في البيع، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مجع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين .

وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني الأسبق، وكان هذا التقنين لا يشتمل على نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة بان القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدني ١٠ اكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص١٩٢) ويجب الضمان في كل قسمة اتفاقية كانت أو قضائية عينية أو قسمة تصفية بمعدل أو بغير معدل صريحة أو فعلية ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة".

الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق :

هناك بعض الشروط التي يجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق وهي:

الشرط الأول : وقوع تعرض أو استحقاق:

فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق لتحريك الضمان فلا يكفي أن تكون هناك عيوب خفيفة ف المال المفرز الذي وقع في نصيب المتقاسم والقانون لم يوجب في القسمة ضماناً للعيوب الخفية كما اوجب في البيع ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معيبة، فلابد من دخول هذه العين في القسمة ومن وقوعها في نصيب أحد الشركاء، فهذا لا يمكن التحرر منه، ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية في القسمة، والسبب الثاني : انه يمكن في القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص القسمة وهو الجزء الخاص بالغبن، فإذا وقعت عن معيبة في نصيب أحد الشركاء، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم بنا يزيد على الخمس فان له أن ينقض القسمة للغبن إلا إذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب.

فإذا كان التعرض أو الاستحقاق صادراً من الغير طبق حكم المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر.

أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين، فانه يجب تطبيق القواعد العامة وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادي المتقاسم آخر، فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفرزاً في نصيب أحد المتقاسمين لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر فيقيم متجراً آخر بنافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدني) أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانوني كان في الأموال التي كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة فوقعت ف نصيب متقاسم، آخر كان متقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر فليس عليه التزام بالضمان وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط، كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له، أن يطلب المتقاسم الذي وقعت هذه العين في نصيبه نقص القسمة للغبن إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذي سنبينه وهذه الأحكام عينها هي التي يجب تطبيقها حتى إذا وقعت الغبن في نصيب المتقاسم نفسه الذي يملكه ملكاً خاصاً فان لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه، كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانوني فلا يستطيع استرداد لعين المملوكة له ملكا خاصا ولا يبقى أمامه إلا إبطال القسمة للغلط (بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص٩٣٢ - بلانيول ويبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٨٧ وفي نفس المعنى منصور مصطفي منصور ص٢٢٩ - أحمد سلامة ص٤٢٣).

الشرط الثاني : أن يكون التعرض أو الاستحقاق بسبب سابق على القسمة :

فلا ضمان إذا كان السبب لاحقا على القسمة بشرط أن يكون لدى المتقاسم الوقت الكافي لدفع هذا التعرض وإلا اعتبر السبب في حكم السبب السابق على القسمة مثال ذلك أن يكون هناك حائز للحصة التي وقعت في نصيب المتقاسم ولا يبق على اكتساب الحائز لهذه الحصة إلا أيام وتكتمل مجدة التقادم وهي غير كافية للكشف عن هذا الغصب ثم اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم، ففي هذا الفرض يرجع المتقاسم بالضمان على باقي المتقاسمين (أنور طلبه ص٥٧٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر وفقا لنص المادة ٨٤٤ من القانون المدني أن المتقاسمين يضمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق سابق على القسمة ذلك لان ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساواة ووجب الضمان ومن المقرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازمة في العلاقة بين المتقاسمين" (جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥١ق) وبأنه "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة" (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص٥٠٦).

الشرط الثالث : عدم جوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم :

يشترط كذلك لإفادة المتقاسم من الضمان أن لا يكون هو المتسبب بخطئه في استحقاق الغير نصيبه المفرز المقسوم له، غذ يكون طبيعيا أن يتحمل وحده بهذا الخطأ دون أن يملك إجبار الباقين على مشاركته في تحمله، ولذلك تقضى المادة ٢/٨٤٤ بأنه "يمتنع الضمان .... إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه" وعلى هذا فلا رجوع بالضمان للمتقاسم الذي يقصر في الدفاع فلا يتمسك مثلا بالتقادم المكسب، واو يغفل - بوجه عام - عن اشتراك باقي المتقاسمين معه في الدعوى المرفوعة عليه رغم انه كان في إمكانهم دفع الدعوى بدفع قاطع كان كفيلا برفضها (حسن كيرة ص٢٣٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى: ويسقط الضمان كذلك ذا كان سببه راجعا إلى خطأ المتقاسم كان أهمل في قطع التقادم

الشرط الرابع : عدم وجود شرط يعفي من الضمان :

وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر "غير انه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها" فإذا كان الضمان مقرراً لكل متقاسم قبل بقية المتقاسمين تحقيقا للمساواة بينهم، فليس ما يمنعهم من النزول عن تطلب هذه المساواة بالاتفاق على الإعفاء منه، ولن المشرع لا يطلق لهم في حرية عقد هذا الاتفاق، بل يقيده بان يكون اتفاقا صريحاً لا ضمنيا حتى يستيقن من اتجاه إرادتهم إلى النزول عن حقهم في اشراع ما تعرضه القسمة لهم من ضمان، ويقيده كذلك بان يحدد في هذا الاتفاق الصريح سبب معين للاستحقاق المتفق على الإعفاء من ضمانه، فلا يجوز في القسمة ما يجوز في البيع من الاتفاق على الإعفاء إعفاء عاما من الضمان دون تحديد أو تعيين لسبب الاستحقاق، وإلا شاع تضمين عقود القسمة مثل هذا الإعفاء العام مما يقلب القسمة إلى عقد احتمال وهو ما يتنافر مع طبيعتها وما تفرضه في الأصل من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين (حسن كيرة ص٢٣٥).

الآثار المترتبة على تحقق الضمان :

إذا توافرت شروط الضمان على النحو السابق، فيلتزم المتقاسمون- في حالة التعرض- بالاشتراك مع المتقاسم المتعرض له في دفعه، بحيث يكون لهذا المتقاسم أن يدخلهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير أو يخطرهم برفعها ليتدخلوا فيها، فإذا وقع الاستحقاق فينحصر التزامهم بالضمان في مجرد تعويض المتقاسم المستحق منه، ذلك أن المشرع لا يريد أن يجعل من الاستحقاق سببا لنقض القسمة وإعادتها من جديد إلا انه ليس ثم ما يعيب القسمة في ذاتها، وإذا كان قد وقع من بعد - بسبب سابق على القسمة - استحقاق كلى أو جزئي للنصيب المفرز لأحد المتقاسمين، فيكفي في إعادة ما احتل من المساواة بعد القسمة نتيجة ذلك تعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدي دون حاجة إلى بدء قسمة جديدة وقلقلة ما استقر من أوضاع أو ترتب من حقوق على الأنصبة المفرزة لباقي المتقاسمين.

وإذا كان الضمان منحصراً على هذا النحو في التعويض، فبديهي أن المتقاسمين جميعاً - بما فيهم المتقاسم المضمون يتحملون مما عواقب الاستحقاق باعتبار انه- وهو يرتد إلى سبب سابق على القسمة - ينتقص مما أن يجب أن تنصب عليه القسمة من أموال فيوزع التعويض عليهم جميعا بحيث يكون كل من المتقاسمين الضامنين ملتزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، ويتحمل مستحق الضمان كذلك بنسبة حصته فإذا وجد بين المتقاسمين معسر، وزع القدر الذي يلزمه في التعويض على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين (م٨٤٤/١ مدني) (حسن كيرة ص٢٣٥)

ويجب في هذا الموضع أن تميز بين ثلاثة فروض الأول أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذي سنبينه الثاني أن يكون الاستحقاق استحقاً جزئياً فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على التفصيل الذي سنذكره الثالث أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحا أو إقراراً بهذا الحق فيجب لى المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض (السنهوري ص٩٢١)

وقد قطع المشرع المصري كل خلاف حول الوقت الذي يتخذ أساساً لتقدير التعويض بنصه على أن تكون العبرة في تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة (م ٨٤٤/١) لا وقت الاستحقاق كما هو الحال في البيع، والواقع أن اتخاذ وقت القسمة أساساً للتقدير هو المتفق مع حقيقية الضمان في القسمة وكونه إعادة للمساواة التي حققتها القسمة واختلت بعدها نتيجة الاستحقاق فلا تتأتى هذه الإعادة إلا بالنظر إلى وقت تحقق هذه المساواة أصلا وهو وقت القسمة، دون اعتداد بما يكون قد طرأ بعد القسمة من زيادة أو نقص في الأنصبة المقسومة (حسن كيرة ص٢٣٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "أحكام ضمان التعرض الواردة في التقنين المدني ضمن النصوص المنظمة لعقود البيع ليست قاصرة عليه بل هي تسرى على كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع وإذ كانت قسمة المال الشائع - وعلى ما جرى به نص المادة ٨٤٣ من القانون المدني - من شانا زوال حالة الشيوع وانفراد كل متقاسم بملكية الجزء الذي أنتجته له القسمة دون باقي الأجزاء التي آلت إلى باقي المتقاسمين والتي كان يملك - قبل القسمة حصته شائعة فيها مقابل زوال ما كان يملكه باقي المتقاسمين من قدر شائع في الجزء الذي آل إليه، فان عقد قسمة المال الشائع يخضع لذات أحكام ضمان التعرض المقررة لعقد البيع وبالقدر الذي لا يتعارض مع ما للقسمة من أثر كاشف فيمتنع على كل متقاسم أبداً التعرض لأي ن المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آل إليه بموجب عقد القسمة أو منازعته فيه، لما كان ذلك وكان ما دفع به الطاعنون من سقوط عقد القسمة بالتقادم هو منهم تعرض للمتقاسمين معهم يمتنع قانوناً عليهم، فان هذا الدفع يكون غير مقبول" (نقض ١٩٨٤/٣/٨ طعن ١١٣٠ س ٥٠ق) وبأنه "القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق بسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من طريق آخر لا يسوغ له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمة إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة، لان قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدني "القديم" أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وانه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق"

وبأنه "ومن المقرر وفقاً لنص المادة ٨٨٤ من القانون المدني أن المتقاسمين يضمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ذلك لان ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتفت هذه المساواة ووجب الضمان، ومن المقرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين" (نقض ١٩٨٥/٣/١٢ طعن ٨٤٩ س٥١ق).

عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

لا تتعلق أحكام الضمان في القسمة أو البيع بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط فقد نصت المادة ٤٤٥ مدني فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع على أن : "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان، ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي " ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء. ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق. ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية ن الغش حتى ولو كانت المسئولية عقدية (السنهوري ص٩٢٠ إسماعيل غانم ص٢٤٠) ويفترض في حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان فيكفي إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ويكون علمه آتيا من طريق هذا الحق أو الإبانة عنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي (السنهوري ص٩٢١، عزمي البكري ص٣٣٨).

تقادم الالتزام بالضمان :

لم يرد في التقنين المدني نص بين مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشئ من القسمة بين المتقاسمين فكان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة وهي تقضى بتقادم الالتزام بمضي خمس عشرة سنة (م٣٧٧ مدني) وقد ذهب البعض إلى أن هذه المدة تبدأ في السريان من وقت وقوع القسمة (محمد على عرفة ص٤٥٣، محمد كامل مرسى ص٢٤٠) بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذه المدة تبدأ السريان من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (عبد المنعم البدراوي فقرة ١٦٥).

بعض الآثار الأخرى للقسمة:

للقسمة بجانب الأثران الرئيسان المتقدمان آثار أخرى ولكنها تعد آثار ثانوية ومنها.

١- امتياز المتقاسمين علي المال الشائع المبيع بالمزاد العلني:

رأينا أن المشرع قد أجمل أحكام الضمان في القسمة في مادة واحدة هي المادة ٨٤٤ مدني، بينما هو قد فصل أحكام الضمان في البيع في ١٦ مادة (المواد ٤٣٩-٤٥٥ مدني)، لذلك فالقاعدة هي انه إذا خلت أحكام الضمان في القسمة من تنظيم معين تعين الرجوع في ذلك إلي الأحكام التي تنظم الضمان في البيع، بشرط ألا تتعارض مع الطبيعة المختلفة لكل منهما، باعتبار البيع ناقل للملكية، وباعتبار القسمة كاشفة للملكية.

لذلك تسري أحكام امتياز البائع علي الشئ المبيع بالمزاد العلني، علي امتياز المتقاسمين علي المال الشائع المبيع بالمزاد العلني فتسري المادة ١١٤٥ مدني علي امتياز المتقاسمين علي المال الشائع (المنقول) المبيع بالمزاد العلني حيث تنص علي انه:

"١- ما يستحق ببائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز علي الشئ المبيع، ويبقي الامتياز قائما مادام محتفظا بذاتيته. وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية.

٢- ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز علي منقول، إلا انه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق، إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق".

فيكون محل الامتياز هو ثمن المبيع أو الباقي منه، وملحقاته كنفقات المطالبة بالثمن والفوائد والمصروفات التي يكون البائع قد عجلها بحساب الراسي عليه المزاد، ومرتبة الامتياز تأتي بعد امتياز المؤجر وصاحب الفندق.

فإذا كان المؤجر أو صاحب الفندق يعلم بامتياز المتقاسمين وقت وضع المتقول عنده، فان امتياز المتقاسمين يتقدم علي امتياز المؤجر أو صاحب الفندق. يتتبع المتقاسمون المنقول في أي يد يكون، بعد احترام الحقوق التي كسبها الغير عليه بحسن نية (السنهوري في الوسيط الطبعة الثالثة ٢٠٠٤ ج١ في التأمينات الشخصية والعينية بند ٧٢٠ ص٧٧٢ وما بعدها) كذلك تسري أحكام المادة ١١٤٧ مدني علي امتياز المتقاسمين علي المال الشائع (العقار) المبيع بالمزاد العلني، حيث تنص علي انه:

"١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز علي العقار المبيع.

٢- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلا، وتكون مرتبته من وقت القيد".

يضمن الامتياز ثمن العقار المبيع أو الباقي منه، وملحقاته من فوائد ومصروفات. ويتحدد محل الامتياز بالعقار المبيع، سواء كان حق الملكية أو حق انتفاع، وسواء كان المبيع مالا مفرزا أو حصة شائعة، وسواء كان بناء أو أرضا فضاء أو أرضا زراعية. ويشمل الامتياز الملحقات كالعقارات بالتخصيص والمنشآت والتحسينات والثمار من وقت رسو المزاد. ويحدد مرتبة الامتياز تاريخ قيده.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "مؤدي نصوص المواد ١١٣٤، ١١٤٧ من القانون المدني و١٢ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري، أن الامتياز المقرر بمقتضي القانون لثمن العقار المبيع، يجب أن يشهر- وشهر الامتياز يحصل بالقيد-وذلك حتى يسري الامتياز في مواجهة الغير. كما يجب القيد ولو كان البيع مسجلا. وإذ يترتب علي عدم شهر حق امتياز بائع الأطيان الزراعية-مع عدم سريانه في مواجهة الغير-أن تظل ذمة المشتري مشغولة بمقدار ما عليه من دين، لينفذ به البائع علي أموال المشتري الأخرى استيفاء لحقه. ومن ثم فلا محل لأعمال حكم المادة السابعة من قانون الإصلاح الزراعي في هذه الحالة" (نقض ١٩٦٩/٦/٣ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-٨٤٥-١٣٣، نقض ١٩٧١/٣/١٦ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-٣٠٠-٤٨).

٢- امتياز المتقاسم الدائم بالضمان والمعدل علي المال الشائع محل دعوى القسمة:

والأثر الثاني من الآثار الثانوية للقسمة هو امتياز المتقاسم الدائن بالضمان والمعدل علي المال الشائع ويطبق في هذا الشأن أحكام امتياز البائع علي الشئ المبيع، من حيث الضمان والمطالبة بمعدل القسمة.

فتسري أحكام المادة ١١٤٦ مدني علي امتياز المتقاسم الدائم بالضمان علي المال الشائع (المنقول) محل دعوى القسمة وهي تنص علي أنه:

١- للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه، تأمينا لحق كل منهما بالرجوع علي الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

٢- وتكون لامتياز المتقاسم نقس المرتبة التي لامتياز البائع. فإذا تقاسم الحقان قدم الأسبق في التاريخ".

فيكون محل الامتياز هو الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم ومرتبة الامتياز هي مرتبة امتياز البائع فإذا تزاحما قدم الأسبق. فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع، فإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم.

كذلك تسري أحكام ١١٤٩ مدني علي امتياز المتقاسم الدائم بالضمان علي المال الشائع (العقار) محل دعوى القسمة وهي تنص علي أنه: "للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه، تأمينا لما تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم علي الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة. ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت قيده".

فيكون محل الامتياز هو الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم ومرتبة الامتياز هي من تاريخ قيده، لذلك يجب قيد هذا الامتياز، ولو كان عقد القسمة مسجلا. ويكون القيد بموجب قائمة، يبين فيها مقدار معدل القسمة، ويرفق بها عقد القسمة تطبيقا لذلك فإن حق الامتياز مقرر تأمينا لما تخوله القسمة من حق المتقاسم للضمان والمعدل في الرجوع علي باقي المتقاسمين بسبب القسمة، فيدخل في ذلك حالة ما إذا استحق العقار الواقع في نصيب المتقاسم المذكور، ويضمن الامتياز التعويض الذي يتقرر له في مواجهة باقي المتقاسمين (السنهوري بند ٧٤٠ ص٧٨٥-محمد علي عرفه ص٤٥٠-عزمي البكري ص٢٣١).

قسمــة الشركــات التجاريــة :

تعريــف الشركــة :

فالشركة عقد مسمي ويقتضي كونها عقدا أن تكون لها أركان العقد المعتادة التراضي والمحل والسبب، وسيأتي بيان ذلك.

ولابد من أن يشترك أكثر من شخص واحد في الشركة شأنها في ذلك شان أي عقد آخر إلا أن الشركة تختلف عن العقود الأخرى، كالبيع والإيجار، في أن أطراف العقد فيها وهم الشركاء، مصالحهم بعد تكوين الشركة متحدة غير متعارضة.

وقد عرفت محكمة النقض الشركة بأنها "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر أن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ما يقتضي لزوما قيان الشركة بشخصين في الأقل"

لابد أن يساهم كل شريك بحصة في رأس مال الشركة، وهذه الحصة هي التي تحدد عادة تصيبه في أرباح الشركة، وفي خسائرها، وهذا لا يمنع، بعد تحديد حصة الشريك في رأس المال، من أن يتبرع له سائر الشركاء بهذه الحصة فيعفونه من الوفاء بها وتتضمن الشركة في هذه الحالة هبة مكشوفة أو مستورة علي حسب الأحوال، أما الشركة التي لا يحدد فيها لكل شريك حصته من رأي المال، سواء التزم الشريك بالوفاء بها كما يقع عادة أو تبرع له بها سائر الشركاء كما يقع نادرا فأنها تكون شركة باطلة.

والحصة قد تكون نقودا أو اوراقا مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملا أو اسما تجاريا أو شهادة اختراع أو دينا في ذمة الغير، وكل ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصلح أن يكون حصة في الشركة، وبديهي انه ليس من الضروري أن يكون حصص الشركاء متساوية في القيمة، أو متجانسة في النوع، وتضم حصص الشركاء بعضها إلي بعض، فيتكون من مجموعها رأس مال الشركة (le capital social) ورأس المال هذا يقوم بذاته مستقلا عن أموال كل شريك وهو الذي يستثمر لتوزيع أرباحه أو خسائره علي الشركاء (السنهوري الوسيط ص٥٧٨، مرجع سابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأصل أن ترد حصة الشريك علي ملكية الشئ الذي يقدمه في الشركة إلا انه يجوز أن ترد علي حق شخصي يتعلق بالشئ الذي يتقدم به كمجرد الانتفاع به واستعماله لمدة محددة تكون عادة مدة بقاء قيام الشركة ويترتب علة ذلك حق هذا الشريك في استرداد هذا الشئ في نهاية المدة إذ أن ملكيته لن تنقل إلي الشركة ولم تكن عنصرا في رأس مالها" (جلسة ١٩٨٨/٥/٢ الطعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥٢ق س٣٩ ص٨٩٠).

نية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول إخطار معينة:

وهذا عنصر نفسي من مقومات الشركة، فلا يكفي لقيام شركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدد من الأشخاص يستغلونه جميعا بحسب طبيعته، فالشيوع يتحقق فيه هذا الوصف وليس بشركة.

وليس الفرق ما بين الشركة والشيوع كما يقال، أن الشركة عقد والشيوع غير عقد، فالشيوع قد يكون مصدره العقد كالشركة، ولكن الشيوع سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك، مال مشترك لشركاء في الشيوع يستغلونه بحسب طبيعته، فان كان دارا أو أرضا سكونها أو زرعوها أو أجروها، وان كان نقودا أو اوراقا مالية استولوا علي فوائدها، وان كان منقولا أجروه أو انتفعوا به بحسب طبيعته، أما الشركة فلابد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يأملون من ورائه الربح ولكن قد يعود عليهم بالخسارة، ولا يقتصرون علي مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هي الحال في الشيوع، ونية الاشتراك في نشاط ذي تبعة هي التي يطلق عليها عبارة (affection societatis) أي نية تكوين شركة، أو إرادة كل شريك في أن يتعامل مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي علي قدر من المخاطرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر-في قضاء محكمة النقض-ان الشركة علي ما هي معرفة به قانونا ل، عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته في مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة، ويشترط لقيامها أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة وان يساهم علي شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معا وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام قضاءه علي أسباب سائغة أما المال الشائع فيشترك في تملكه عدد من الأشخاص يستغلونه به حسب طبيعته دون أن تكون لديهم نية المشاركة في نشاط ذي تبعة" (جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص٦٧١، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٢ الطعن رقم ٣٣٢٧ لسنة ٥٨ق).

ووجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذي اشتركوا فيه، وهو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن "يشترط لقيام الشركة أن يوجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة وان يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معا، وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام رأيه علي أسباب تسوغه" (جلسة ١٩٧٨/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص٨٥٢، جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٥٨٨).

مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر:

ويستتبع وجود نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يعوج علي الشركاء بالربح أو بالخسارة، أن يساهم كل شريك في تبعة هذا النشاط، فيتقاسم الشركاء الأرباح، ويوزعون فيما بينهم الخسائر، فإذا أعفي أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح، أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحمله للخسائر، كانت الشركة شركة الأسد (societe leonine) وكانت باطلة، وفي هذا تقول الفقرة الأولي من المادة ٥١٥ مدني "إذا اتفق علي أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا، كذلك إذا اتفق علي أن أحد الشركاء لا يساهم لا في الأرباح ولا في الخسائر، بل يقتصر علي استرداد حصته بعد انقضاء الشركة، فان هذا لا يكون شريكا، بل يكون قد قدم مالا للشركة علي سبيل القرض دون فائدة أو علي سبيل العارية تبعا لطبيعة هذا المال.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدي نص المادة ١/٥١٥ من القانون المدني انه إذا اتفق علي أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلا بمعنى انه لا يجوز الاتفاق علي حرمان شريك من الأرباح كما لا يجوز الاتفاق علي إعفاء شريك من الخسارة" (جلسة ١٩٨١/٥/١٨ الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٥٠ق).

أسباب انقضاء الشركة التجارية:

(١) انقضاء الشركة التجارية، بانقضاء الميعاد المحدد لها أو يأتيها العمل الذي قامت من أجله:

تنص المادة ٥٢٦ مدني على انه:

١- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله.

٢- فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهي العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة، امتد العقد سنة بسنة بالشروط ذاتها.

٣- ويجوز لدائن أحد الشركاء، أن يعترض علي هذا الامتداد، ويترتب علي اعتراضه وقف أثره في حقه.

فالشركة قد يتحدد وقت قيامها بمدة معينة أو بعمل معين، فإذا انتهت هذه المدة أو فرغت الشركة من هذا العمل، انقضت الشركة بمجرد انتهاء المدة أو بمجرد الفراغ من العمل، فإذا تألفت شركة وحددت مدتها بعشر سنين مثلا، فانتهاء العشر السنين تنقضي الشركة، وإذا تألفت لبيع أراض محددة، وفرغت من بيع كل هذه الأراضي، انتهي عملها فانقضت، وتنقضي الشركة في الحالتين، ولو كان هذا ضد رغبة الشركاء، وما عليهم إذا أرادوا الاستمرار في العمل إلا أن يتفقوا على انشاء شركة جديدة .

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدى نص المادة ١/٥٢٦ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن شركات الأشخاص تنتهي بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، ولا يحول ذلك دون توافر مصلحة أي من الشركاء في الحصول على حكم بانتهاء الشركة، ويقتصر دور القاضي فيه على التحقق من انقضاء الميعاد طبقا للعقد دون أن يكون له سلطة تقديرية في اعتبار العقد ممتدا، ولا يكون حكمه منشئا لحالة الانتهاء" (الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١١ جلسة ١٩٦٧/١/٣، مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص٩٤٦ جلسة ١٩٥٥/٤/١٤) وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي الى تكييف العقد المؤرخ ..... بأنه عقد شركة وكان من المقرر في المادة ١/٥٢٦ من القانون المدني أن الشركة تنتهي بانقضاء الميعاد المعين لها وقد انقضت مدة هذت العقد وبقى الطاعنين يعين النزاع دون رضاء المطعون ضده، ومن ثم فانه يعد مغتصبا إذا لم يعد له سند في البقاء بها وإذا قضى الحكم المطعون فيه بالإخلاء تأسيسا على ما تقدم فلا يكون مشوبا بالتناقض، ولا يغير من ذلك أن المطعون ضده طلب طرد الطاعن إذ أن الإخلاء والطرد لفظان بمعنى واحد يفيدان بان الطاعن لم يعد له الحق في البقاء بعين النزاع ويكون قد فصل في مصير هذا العقار واوضح انه غير قائم لانتهاء مدته" (الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٦٨٧ جلسة ١٩٨٢/٦/٧) وبأنه "النص في المادة ٥٢٦ من القانون المدني على أن تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها أو بانتهاء العمل الذي قامت أجله"، فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهي العمل ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي-الفت لها الشركة امتد العقد سنة بسنة بالشروط ذاتها"، والنص في المادة ٥٣١ منه على انه "يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد آثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة على أن تظل الشركة قائمة بين الباقين، يدل على أن الشركة تنتهي بقوة القانون بانقضاء الميعاد المعين إلا إذا امتدت بإرادة الشركاء الضمنية أو الصرحية وان فصل الشريك من الشركة لا يكون إلا حال قيامها ولأسباب تبرره ولا يقع بعد انتهائها بانقضاء الميعاد لها بغير مد، يؤكد هذا النظر أن المشرع نص على قيامها في الحالة الأولى فيما بين الباقين من الشركاء" (الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص١٥٢٠ جلسة ١٩٨١/٥/١٨) وبأنه "وفقا للمادة ٤٤٥ من القانون المدين (قديم) تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل الى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة الجديدة على أن الغرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة" (مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص١١٦٣ جلسة ١٩٥٥/٥/١٦).

على انه إذا تحدد لقيام الشركة مدة معينة وقبل انتهاء هذه المدة اتفق الشركاء جميعا علي مدها، امتدت الشركة ذاتها الى ما بعد المدة المحددة بمقدار ما امتد منها، فإذا كانت مدة الشركة خمس سنوات مثلا، وبعد أربه سنوات اتفق الشركاء على مد المدة ثلاث سنوات أخرى، بقيت الشركة قائمة الى أن تنتهي الثماني السنوات، خمس هي المدة الأصلية وثلاث امتدت لها الشركة، أما إذا انتهت الخمس السنوات، فانقضت الشركة بانتهائها، وأراد الشركاء الاستمرار في العمل، فان الشركة التي يؤلفونها عند ذلك تكون شركة جديدة غير الشركة الأولى، وتحتاج في انشائها الى إعادة الإجراءات من كتابة ونشر وغير ذلك، وكذلك إذا انتهي العمل الذي ألفت من أجله الشركة، بان فرغت الشركة مثلا من بيع الأراضي المحددة التي تألفت لبيعها، وأراد الشركاء الاستمرار في العمل بشراء أراض جديدة وبيعها كانت الشركة التي يؤلفونها عند ذلك عى أيضا شركة جديدة غير الشركة الأولى. (السنهوري ص٢٦٠).

فقد قضت محكمة النقض بأن "وفقا للمادة ٤٤٥ من القانون المدني القديم تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تحديد فلا سبيل الى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة الجديدة على أن الغرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة" (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص١١٦٣).

إذن فامتداد الشركة غير تجديدها، الامتداد هو استمرار للشركة الأصلية، أما التجديد فانشاء شركة جديدة غير الشركة الأصلية، والتجديد إما أن يكون تجديدا صريحا أو تجديدا ضمنيا كما في عقد الإيجار فالتجديد يكون صريحا إذا اتفق الشركاء صراحة، بعد انتهاء الشركة الأصلية بانقضاء مدتها أو انتهاء عملها على انشاء شركة جديدة تمضي في نفس الأعمال التي كانت الشركة الأصلية تقوم بها، ويكون التجديد ضمنيا إذا انتهت مدة الشركة أو انتهي عملها، ومع ذلك استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة، ويختلف التجديد الضمني عن التجديد الصريح في شيئين : اولاً : يعتبر استمرا الشركاء في العمل في التجديد الضمني اتفاقا على انشاء الشركة الجديدة فلا حاجة الى اتفاق صريح مكتوب كما في التجديد الصريح، ولكن يجب النشر في التجديد الضمني كما في التجديد الصريح. ثانيا : في التجديد الصريح يتفق الشركاء على مدة الشركة الجديدة، أما في التجديد الضمني فقد تكفل المشرع بتجديد هذه المدة إذ تجدد الشركة الأصلية سنة فسنة بالشروط ذاتها .

فقد قضت محكمة النقض بان "مفاد نص المادة ٥٢٦ من القانون المدني امتداد عقد الشركة المحددة قد يكون صراحة إذا ثبت اتفاق الشركاء على مد أجلها قبل انقضائها، كما قد يكون ضمنيا إذا استمر الشركاء بعد انقضاء المدة المحددة يقومون بأعمال من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة" (الطعن رقم ١١٩٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٥، الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٥٨٥ جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠، الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/٢٩) وبأنه "مؤدى نص المادة ١/٥٢٦ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن شركات الأشخاص تنتهي بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، وانه إذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل الى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة، وان الاتفاق على امتدد الشركة بعد انتهاء المدة المحددة لها في العقد هو في حقيقته انشاء لشركة جديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة على أن الغرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١٠٣ جلسة ١٩٧١/٥/١٨) وبأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد قصر قضاءه على أنهاء عقد الشركة المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣ دون تحديد تاريخا لهذا الانتهاء في حين انه قد تكونت شركة جديدة اعتبارا من ١٩٩٦/١/١ تاريخ انتهاء مدة العقد باستمرار الشركاء في مباشرة نشاطها سنة فسنة حتى أبدى المطعون ضدهم بانذارهم المسلم الى الطاعن بتاريخ ١٩٩٨/٨/٦ رغبتهم في عدم تجديدها والذي يتعين أن يبدأ نفاذه اعتبارا من تاريخ ١٩٩٩/١/١ ومنه تنقضي الشركة وتدخل في دور التصفية وتنتهي سلطة مديرها ويتولى المصفي الذي يتم تعيينه اتفاقاً أو قضاءً أعمال التصفية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وخلا قضاؤه من تحديد لتاريخ انتهاء عقد الشركة الذي تبدأ منه آثار الانقضاء التي يرتبها القانون فانه يكون معيبا" (نقض ٢٠٠١/٥/١٥ طعن ٢٥٣٢ س٦٩ق) وبأنه تنقضي شركات الأشخاص بقوة القانون بانقضاء الميعاد المعين لها، ومؤدى استمرار الشركاء في القيام بأعمال الشركة رغم انتهاء مدتها دون تجديد قيام شركة جديدة بذات الشروط" (نقض ٢٠٠١/٥/١٥ طعن ٢٥٣٢ س٦٩ق)

وبأنه "مؤدى نص المادة ١/٥٢٦، ٢ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شركات الأشخاص تنتهي بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، وانه إذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل الى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة، وان الاتفاق على امتداد الشركة بعد انتهاء المدة المحددة لها في العقد هو في حقيقته انشاء لشركة جديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص في عقد الشركة على أن الغرض منها هو الاستمرار في الشركة السابقة" (نقض ١٩٧١/٥/١٨ طعن ٤٠٩ س٣٦ق).

وقضت أيضا بأن "مؤدى نص المادة ٥٨ من القانون التجاري انه يجب شهر انقضاء الشركة إذا كان نتيجة لإرادة الشركاء كإجماعهم على فسخها قبل انتهاء مدتها أو انسحاب أحد الشركاء منها، أما إذا كان الانقضاء نتيجة انتهاء الميعاد المحدد للشركة فلا يلزم شهره" (نقض ١٩٨١/٥/٢٥ طعن ١١٩٠ س٤٨ق) وبأنه "لما كانت الشركة بين الطاعنة والمطعون ضده بموجب العقد المبرم بينهما في ١٩٧٨/١١/٢٦ هي شركة تضامن وهي من الشركات المبينة بنص المادة ١٩ من قانون التجارة الصادر في ١٨٨٣/١١/١٣ وقد نصت الفقرة الأخيرة من نص هذه المادة على أن " تتبع في هذه الشركات الأصول العمومية المبينة في القانون المدني"، وقد نصت المادة ٢/٥٢٦ من هذا القانون والواردة في شان عقد الشركة على أن "فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهي العمل ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها"، وكان البند سابعا من عقد الشركة المؤرخ ١٩٧٨/١١/٢٦ بين طرفة العقد ينص على أن "مدة الشركة عشرين سنة تتجدد من تلقاء نفسها إذا لم يبد أحد الطرفين رغبته في عدم المد قبل انتهاء المدة بستة أشهر على الأقل"، ومفاد هذا البند انه وان تضمن العقد شرطا للتجديد الضمني إلا انه لم ينص فيه صراحة على تحديد المدة التي يتجدد إليها العقد، وعليه فان عدم طلب أنهاء عقد الشركة من أحد طرفيه في الميعاد المحدد وهو قبل ستة أشهر على الأقل من انتهائه يترتب عليه تجدد العقد لمدة أخرى وهي سنة واحدة يوظل يتجدد سنة فسنة ما لم يطلب أحد طرفيه انتهائه في الميعاد المتفق عليه بالعقد، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أيد قضاء الحكم الابتدائي بأنهاء عقد الشركة على سند من أن عقد الشركة قد تجدد ضمنا سنة بعد سنة عملا بنص المادة ٢/٥٢٦ مدني وان المطعون ضده أقام دعواه بالأنهاء قبل نهاية مدة العقد بخمسة عشر يوما فانه يكون قد صادف صحيح القانون في شان ما اورده من تجدد العقد لمدة سنة فسنة بعد انتهاء مدته الأصلية، إلا انه قد أخطأ غذ لم يلتزم بالميعاد المحدد في العقد لأحقية الشريك في طلب أنهاء الشركة إذ قرر بأنها خمسة عشر يوما، ولم تضمن الطاعنة نعيا عليه في هذا فضلا عن انه أمر لا يتعلق بالنظام العام، أما بشان مخالفة الحكم لحجية حكم سابق فانه لما كان الحكم الصادر في الدعوى رقم ...... لسنة....... مدني كلي الأقصر المؤيد بالاستئناف رقم .....لسنة .....ق القصر- والذي تمسكت الطاعنة بحجيته - قد أقام قضاءه برفض طلب المطعون ضده بأنهاء عقد الشركة على سند من أن الدعوى لم ترفع في الميعاد المحدد بعقد الشركة وهو قبل ستة أشهر من انقضاء مدتها، ومن ثم فلا حجية له إذا ما رفعت الدعوى بالأنهاء مرة أخرى في الميعاد المتفق عليه بالعقد" (الطعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٢).

ويملك الدائن للشريك حق الاعتراض علي امتداد أو تجديد الشركة، وذلك إذا لم يجد في الأموال الخاصة لمدينه وفاء بحقه. وله أن يطلب تصفية نصيب مدينه في الشركة، حتى يتمكن من التنفيذ عليه. وفي هذه الحالة يقف الأثر القانوني لامتداد أو تجديد الشركة في حق دائن الشريك، بل أن الامتداد أو التجديد لا يتم أصلا بين باقي الشركاء، إلا باتفاق جديد يصدر منهم (المادة ٣/٥٢٦ مدني).

ويقدم الاعتراض للشركة، فان أغفلته أو ردت باستمرار نشاطها، وجب على الدائن رفع دعوى بتقرير انقضاء الشركة وتصفية أموالها والتعويض أن كان له مقتضى، وليس للاعتراض شكل خاص، فقد يكون بانذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهه، ويتحمل الدائن عبء الإثبات، وليس له ميعاد معين فيجوز في أي وقت بعد انتهاء ميعاد الشركة عندما يكون الميعاد مطلقا وإلا فبعد إتمام العمل (أنور طلبة ص٢٨٥).

(٢) انقضاء الشركة التجارية بهلاك جميع مالها أو جزء كبير فيها:

تنقضي الشركة كذلك وفقا لنص المادة ١/٥٢٧ مدني بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها، كان يتلف مالها أو يضيع أو تستنفذه الخسائر دون أن يتفق الشركاء على تعويض ما هلك منه بزيادة الحصص دون أن تعوض الشركة عن الهلاك، وتقدير ما إذا كان الجزء الباقي من أموالها بعد الهلاك كافيا لتحقيق غرضها مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع، وليس من الضروري أن يكون هلاك المال ماديا بل يصح أن يكون معنويا كما لو كانت الشركة مباشر نشاطها بمقتضى التزام منح لها ثم سحب منها هذا الالتزام او، أو كان يبطل حق الاختراع الذي تستغله فان ذلك يعد في حكم الهلاك المعنوي لأموال الشركة .

ويلحق بهلاك مال الشركة هلاك حصة أحد الشركاء إذا كانت هذه الحصة شيئا معينا بالذات.

حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ مدني علي انه:

"إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بان يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء "، فتبين من نص هذه الفقرة أن أحد الشركاء إذا اعهد بتقديم حصته شيئا معينا بالذات كعقار أو سفينة أو سيارة وهلكت قبل أن يقدمها فان الشركة تصبح منحة في حق جميع الشركاء حتى لو كانت الحصص الباقية كافية لقيام الشركة بأعمالها، وذلك لانعدام عنصر أساس من عناصر الشركة وهو مساهمة كل شريك بحصته لذلك تنحل الشركة بالنسبة لكل الشركاء. أما إذا كان هلاك الحصة قد تم بعد تسليمها للشركة فلا تنحل الشركة إذا كانت الحصص الباقية كافية لقيام الشركة بأعمالها، ويظل صاحب الحصة شريكا في الشركة وتتحمل الشركة تبعة الهلاك. أي انه في حالة هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يصبح الشريك غير مساهم في رأس مال الشركة، لان الحصة تهلك عليه لا على الشركة أما بعد تسليم الحصة للشركة، فهلاكها على الشركة لا عليه، ويصبح هو مساهما في رأس مال الشركة بالرغم من هلاك الحصة" (السنهوري ص٢٦٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدى نص المادة ٥٣٢ من القانون المدني انه إذا انقضت الشركة بتحقيق أي سبب من أسباب انقضائها- ومنها ما نصت عليه المادة ٥٢٧ مدني من هلاك أموالها – فأنها تدخل في دور التصفية حيث تنتهي سلطة المديرين فيها ويتولى المصفي أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام- باسم الشركة ولحسابها- باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع مالها منقولا أو عقارا – على نحو ما نصت عليه المادة ٥٣٥ مدني – وهو ما يستوجب بقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها تسهيلا لعملية التصفية وحفظها لحقوق الغير حتى يمكن للمصفي القيام بهذه الأعمال مما يقتضي بدوره قيام العقود والعلاقات المستمرة المتعلقة بإدارة الشركة واللازمة لاستمرار عملية التصفية – ومنها عقود الإيجار الصادرة للشركة – وذلك لحين الانتهاء من التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد صافي الناتج منها وتقديم المصفي تقريره بذلك واعتماده من الشركاء

ومؤدى ذلك – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن شخصية الشركة تبقى بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي، وان المصفي يصبح صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية" (نقض ١٩٧٩/٣/٣١ طعن ٤١س ٤٥ق، نقض ١٩٦٥/٦/١٠ طعن ٤٧٣ س٣٠ق، نقض ١٩٤٧/١٢/١١ طعن ١٤٧ س١٦ق).

(٣) انقضاء الشركة التجارية بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه:

تنص المادة ٥٢٨ مدني على انه:

١-تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه.

٢- ومع ذلك يجوز الاتفاق علي انه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته، ولو كانوا قصرا.

٣- ويجوز أيضا الاتفاق علي انه إذا مات أحد الشركاء، أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقا لأحكام المادة التالية، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء. وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة. ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث، الذي أدى إلي خروجه من الشركة، ويدفع له نقدا. ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة علي ذلك الحادث.

فتبين من نص هذه المادة أن الشركة تنقضي بوفاة أحد الشركاء فلا تحل ورثته محله إذ أن شخصية الشريك في الشركات المدنية تكون دائما محل اعتبار إلا انه يجوز الاتفاق في عقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفي، وقد يتم هذا الاتفاق ضمنيا كما إذا اتفق الشركاء في عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه لأجنبي، ومن ثم فاولى أن يحل محله الورثة فتكون الشركة قد انحلت بالموت ثم حصل اتفاق ضمني على استمرارها بين باقي الشركاء وورثة المتوفي ولو كان الورثة قصرا أو بينهم عديم أهلية دون حاجة لإذن المحكمة، ويمثل الورثة القصر الولى أو الوصى، ويراعى أن انقضاء الشركة المترتب على موت الشريك يصح التمسك به ضد الغير، ولو مع عدم الإعلان عنه (أنور طلبة، مرجع سابق ص٢٩٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر تطبيقا لنص المادة ٥٢٨ من القانون المدني انه إذا خلا عقد تأسيس الشركة من شرط يقضي باستمرارها على الرغم من وفاة أحد الشركاء وجب اعتبارها منحلة قانونا بمجرد وقوع الوفاة، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق الصريح واستمر الشركاء في أعمال الشركة فعلا مع الورثة، وجب اعتبار الشركة في دور التصفية، مما مؤداه أن الشركة تكون منحلة بقوة القانون" (نقض ١٩٨٥/٤/٢٢ طعن ١٦١١ س٥٣ق، نقض ١٩٨٧/١/٥ طعن ٨٥٩ س٥١ق، نقض ١٩٩٠/٥/٢٨ طعن ١٠٥٣ س٥٨ق) وبأنه "المقرر تطبيقا لنص المادة ٥٢٨ من القانون المدني انه إذا خلا عقد تأسيس شركة الأشخاص من شرط يقضي باستمرارها على الرغم من وفاة حد الشركاء وجب اعتبارها منحة قانونا بمجرد وقوع الوفاة ويترتب على انتهائها لهذا السبب خضوعها للتصفية بالطريقة المبينة بعقدها وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام المنصوص عليها في المواد ٥٣٢ الى ٥٣٦ من القانون المدني، وكان الطاعن قد تمسك بدفاعه المبين بوجه النعى ودلل عليه بتقديم عقد الشركة محل النزاع الذي خلا من نص يجيز استمرار الشركة مع ورثة من يتوفي من الشريكين، والاتفاق على التصفية المعقود بينه وبين باقي الورثة وإيصالين باستلام المطعون ضدهما مبالغ في تاريخ لاحق للاتفاق السالف وعقد شركة انشئت في تاريخ لاحق لوفاة المورث لإثبات أنها المالكة للبضائع التي قدر الخبير نصيب المطعون ضدها فيها إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعمل أثر انقضاء الشركة بوفاة المورث وأعرض عن بحث دفاع الطاعن بالرغم من انه دفاع جوهري من شانه- لو صح – أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور" (نقض ١٩٩٦/٢/١٣ طعن ١٤٥٢ س٦٤ق).

مفاد ما تقدم أن الشركة تنقضي بموت أحد الشركاء فلا يحل ورثته محله لان الشركاء إنما تعاقدوا بالنظر الى صفات الشريك الشخصية لا الى صفات الورثة على انه لا يوجد ما يمنع من أن ينص في عقد الشركة على انه في حالة موت أحد الشركاء تبقى الشركة قائمة، ويحل الورثة محل الشريك الذي مات، فيتبين عندئذ أن الشركاء لم يعاقدوا بالنظر الى صفات الشريك وانه لا مانع عندهم من أن يحل محل الشريك ورثته، وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا كما إذا اتفق الشركاء في عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه في الشركة لأجنبي وإحلال المتنازل له محله في الشركة، فيفهم من ذلك انه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن يحل محل الشريك غيره، وإذا جاز للأجنبي أن يحل محل الشريك فاولى أن يحل محله الورثة، فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمني على هذا النحو ومات أحد الشركاء، فان الشركة لا تنقضي بل تبقى قائمة، ويحل محل الشريك الذي مات ورثته .

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن "تنقضي شركة الأشخاص- طبقا للمادة ٤٤٥ من القانون المدني (القديم وتقابلها المادة ٥٢٨ من القانون المدني الجديد) بموت أحد الشركاء ولا يحل ورثته محله، فيها إلا إذا حصل الاتفاق بين الشركاء انفسهم على انه إذا مات أحدهم تستمر الشركة مع ورثته ذلك لان الشركة التي من هذا النوع تقوم دائما على الثقة الشخصية ما بين الشركاء الذين إنما تعاقدوا بالنظر الى صفات الشريك الشخصية لا الى صفات الورثة ولان وفاة هذا الشريك تؤدي حتما الى زوال هذه الثقة والاتفاق الذي يؤدي الى استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفي هو الاتفاق الذي يحصل بين الشركاء انفسهم قبل وفاة هذا الشريك أما الاتفاق الذي يحصل بين ورثة الشريك المتوفي وبين الشركاء الأحياء على استمرار الشركة سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا فلا يمنع من انقضاء الشركة إذا لم يتفق هذا الشريك قبل وفاته مع باقي شركائه على استمرارها مع ورثته" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٤٧٢ جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣) وبأنه "لا يصح القول باستمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح، أو إذا كانت طبيعة عمل الشركة والغرض من انشائها يتحتم معه استمرارها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم العمل الذي انشئت من أجله، وإذن فإذا قال الحكم باستمرار الشركة بناء على أن الاتفاق على استمرارها مستفاد من الفكرة في انشاء المحل التجاري الذي هو محلها والغرض الذي توخاه الشريكان ونوع التجارة، وما بين الشريكين من صلة الأخوة والثقة المتبادلة .... الخ، فكل ما قاله من ذلك لا يصح أن يترتب عليه وجوب استمرار الشركة وخصوصا إذا كان من بين ورثة الشريك المتوفي قصر لا أهلية لهم" (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٢٥ ص٣٣٨) وبأنه "لئن كان الأصل في شركات الأشخاص أنها تنتفي بوفاة أحد الشركاء إلا انه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ من القانون المدني يجوز الاتفاق على انه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرا فإذا كان قد نص في عقد الشركة على انه في حالة الوفاة يكون لورثة الشريك المتوفي أن يطلبوا التصفية أو أن يستمروا في الشركة بنفس شروط العقد فيما يختص بالنسبة للشريك المتوفي من شروط والتزامات فان مفاد ذلك أن الشركاء اتفقوا في عقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفي إلا إذا طلب هؤلاء تصفيتها فان لم يفعلوا فأنها تعتبر مستمرة معهم" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٥٦ جلسة ١٩٦٧/١/١٩) وبأنه "الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ من القانون المدني قد أجازت الاتفاق على انه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصر فيحل الورثة بذلك محل الشريك المتوفي باعتبارهم شركاء في الشركة بحسب الوضع القانوني لمورثهم" (الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١١/٨) وبأنه "المقرر تطبيقا لنص المادة ٥٢٨ من القانون المدني انه إذا خلا عقد تأسيس الشركة من شرط يقضي باستمرارها على الرغم من وفاة أحد الشركاء وجب اعتبارها منحلة قانونا بمجرد وقوع الوفاة فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق الصريح واستمر الشركاء في أعمال الشركة فعلا مع الورثة وجب اعتبار الشركة في دور التصفية.

مما مؤداه أن الشركة تكون منحلة بقوة القانون، إلا أن ذلك لا يحول عند عدم القيان بإجراءات التصفية الاعتداد بالشركة كشركة جديدة بين الشركاء الأحياء وبين ورثة أحدهم بذات شروط عقد الشركة المنحلة" (الطعون أرقام ٧٩٨ لسنة ٦٨ق، ٧٤٩، ٧٤٤، ٦٧٤ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٨).

وإذا تضمن عقد الشركة، انه في حالة وفاة أحد الشركاء لا تنقضي الشركة وإنما تستمر مع ورثة هذا الشريك، فان هذا الشرك يجب تفسيره على هدى قواعد الخلافة المقررة بالمادة ١٤٥ من القانون المدني والتي تنص على أن ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، مما مؤداه أن العقد الذي يبرمه المورث تنصرف آثاره الى الورثة في الحدود التي لا تتعارض مع قواعد الميراث، وتلك لا تجيز للمورث أن يرتب التزامات في ذمة ورثته من بعده إلا في حدود التركة التي تنتقل منه إليهم، بحيث أن رتب التزامات تجاوز ذلك، فلا تنفذ في حقهم إلا إذا أقروها، ولما كان الشريك المتضامن يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة، بينما لا يسأل الشريك الموصى عن تلك الديون إلا في حدود حصته، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتضامن في حالة وفاته، لتوافر الضرر بالنسبة للورثة في هذه الحالة، وبالتالي إذا توفي الشريك المتضامن، انقضت الشركة بقوة القانون، وقامت شرطة واقع بعد الوفاة، لكن إذا استمرت بالرغم من ذلك، فان الورثة لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود ما آل إليهم من مورثهم (أنور طلبة ص٢٩٠ وما بعدها) وكما يجوز أن ينص في عقد تأسيس الشركة أن الشركة تبقى مع ورثة من يموت من الشركاء كذلك يجوز النص على أن الشركة تبقى بين الباقي من الشركاء وحدهم، وفي هذه الحالة الأخيرة يأخذ الورثة بنصيب مورثهم في الشركة نقدا، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت موت الشريك، ولا يكون للورثة نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على موت الشريك (م٣/٥٢٨ مدني) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد " كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تنحل بوفاة الشركاء .... بل تستمر بين بقية الشركاء، ويقصد بهذا الشرك تفادي حل شركة ناجحة وقسمتها عينية، فيستولى (ورثة) الشريك على قيمة الحصة نقدا، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة في الشرط، وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة، ولا ينظر الى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة، ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر في مركز الشركة المالي، فانه غالبا ما يتفق في العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل تحقق الحادث الذي أدى الى خروج الشريك (الوفاة) كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٧٧ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أن شركة الأشخاص تنقضي طبقا لحكم المادة ٥٢٨ من القانون المدني بموت أحد الشركاء، ولا يحل ورثته محله فيها إلا إذا حصل الاتفاق بين الشركاء انفسهم علي انه إذا مات أحدهم تستمر الشركة مع ورثته، وذلك لان الشركة التي من هذا النوع تقوم علي الثقة الشخصية لا إلي صفات الورثة، ولان وفاة هذا الشريك تؤدي حتما إلي زوال هذه الثقة، والاتفاق الذي يؤدي إلي استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفي هو ذلك الاتفاق الذي يحصل بين الشركاء انفسهم قبل وفاة هذا الشريك أما الاتفاق الذي يحصل بين ورثة الشريك المتوفي وبين الشركاء الأحياء علي استمرار الشركة سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا فلا يمنع من انقضاء الشركة إذا لم يتفق هذا الشريك قبل وفاته مع باقي شركائه علي استمرارها مع ورثته إلا انه إذا استمر النشاط الذي كانت تمارسه الشركة بين ورثة الشريك المتوفي وباقي الشركاء فان من شان ذلك أن تستمر علاقة المشاركة بينهم في صورة شركة واقع وذلك إلي حين تصفية هذا النشاط" (الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٢).

ويعتبر في حكم الموت الحجر على الشريك بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة وكذلك إعساره أو إفلاسه فكما تنقضي الشركة لوفاة أحد الشركاء تنقضي أيضا بالحجر على أحد الشركاء سواء كان الحجر قضائيا لعته أو جنون أو سفه أو حجرا قانونيا بناء على عقوبة جنائية، أو بإعساره أو بإفلاسه وكالإفلاس، التصفية القضائية، وإذا أفلس أحد الشريكين فانحلت الشركة قبل ميعادها جاز للشريك الآخر الرجوع عليه بتعويض لتسببه في حل الشركة قبل الميعاد (أنور طلبة ص٢٩٣) ولا يجوز هنا أن يتفق الشركاء في عقد تأسيس الشركة على انه في حالة الحجر على أحد الشركاء، أو إعساره أو إفلاسه تبقى الشركة قائمة بين باقي الشركاء وممثل هذا الشريك، كما جاز ذلك عند موت أحد الشركاء وبقاء الشركة مع ورثة هذا الشريك، ذلك أن الشريك يستطيع أن يلزم ورثته بالحلول محله في الشركة، ولكنه لا يستطيع أن يلزم ممثله بذلك إذا هو حجر عليه أو أعسر أو أفلس، ومتى انقضت الشركة للحجر أو الإعسار أو الإفلاس يعطى لممثل الشريك الذي حجر عليه أو أعسر أو أفلس نصيبه نقدا بحسب قيمته وقت الحجر أو الإعسار أو الإفلاس وفقا للقواعد السابقة، والانقضاء بسبب الحجر يقع بقوة القانون فلكل شريك أن يتمسك به حتى نفس المحجور عليه.

(٤) انقضاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء أو إجماع الشركاء علي حلها:

تنص المادة ٥٢٩ مدني علي انه:

١-تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة، علي أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلي سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحاب عن غش أو في وقت غير لائق.

٢- وتنتهي أيضا بإجماع الشركاء علي حلها.

مفاده أن انسحاب أحد الشركاء من الشركة يؤدي الى انقضاء الشركة وذلك إذا كانت الشركة غير معينة المدة فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل، بان كانت مدتها مثلا خمس سنوات أو كان العمل الذي تقوم به هو بيع أراض محددة، لم يجز للشريك أن ينسحب منها، ووجب عليه البقاء الى انتهاء المدة أو الى انتهاء العمل وليس له في هذه الحالة إلا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك الى أسباب معقولة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر انه لا يجب للشريك الانسحاب من الشركة إذا كانت معينة المدة وكانت مدتها لم تنقض بعد إذ يتعين في هذه الحالة البقاء في الشركة الى انتهاء مدتها" (الطعن رقم ١٥٠٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٤).

أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محدودة العمل، فقد أجاز القانون لكل شريك، أن ينسحب منها، إذ لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام بقيد حريته الى أجل غير محدد، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام العام وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلا، وتعتبر الشركة غير معنية المدة إذا حددت لها مدة حياة الشركاء، أو مدة طويلة تستغرق العمل العادي للانسان، وقد تكون الشركة غير معينة المدة ومع ذلك لا يجوز للشريك أن ينسحب منها، إذا كان له الحق في التنازل عن نصيبه في الشركة دون قيد أو شرط

ويشترط لانسحاب الشريك من الشركة ما يلي :

١- أن يعلن باقي الشركاء بانسحابه، وليس لهذا الإعلان شكل خاص فيكون بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهه، ويقع عبء إثباته على الشريك المنسحب، ولما كان إعلان الانسحاب تصرفا قانونيا فيشترط لإثباته الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما يزيد على نصاب البينة ولا ميعاد للإعلان.

٢- أن يكون حسن النية في انسحابه فلا يقصد من وراء ذلك أن يحصل لنفسه على الربح الذي كان الشركاء سيحصلون عليه، كان يرغب في الانسحاب ليعقد صفقة من أعمال الشركة لحسابه حتى ينفرد بالأرباح.

٣- ألا يكون انسحابه في وقت غير لائق كما إذا كانت أعمال الشركة غير تامة ويهم الشركاء أن يتأخر انقضاؤها لكون الوقت غير ملائم لبيع أموالها، أو كان الانسحاب عقب انشاء الشركة بوقت قصير وقبل أن يتمكن الشركاء من تغطية نفقات التأسيس أو في وقت أزمة اقتصادية يصعب معها تصفية أموال الشركة، وتحديد ذلك مرتبط بالظروف والمرجع فيه تقدير القاضي عند اختلاف الشركاء.

ومتى توافرت الشروط المتقدمة كان للشريك الحق في الانسحاب من الشركة ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة بحكم القانون ولكن يجوز لباقي الشركاء أن يتفقوا على بقاء الشركة فيما بينهم وحدهم وذلك تطبيقا للمادة ٣/٥٢٨ مدني سالفة الذكر.

حق الشريك في الانسحاب حق شخصي :

يعد حق الشريك في الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة حق شخصي محض ولذلك لا يجوز لدائني الشركة أو دائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير المباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٦٩).

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٥٢٩ مدني قد نصت علي أن "تنتهي الشركة بإجماع الشركاء علي حلها".

ومن ثم يجوز للشركاء أن يجمعوا علي حل الشركة سواء كانت مدتها معينة أو غير معينة. فالشركاء الذين انشئوا الشركة باتفاقهم يستطيعون باتفاقهم أيضا أن يحلوها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت القرائن التي استفادت منها محكمة الموضوع أن شركة فسخت عقب صدورها قد وردت بين الطرفين وسلم بها كل منهما فلا تكون المحكمة قد خالفت قواعد الإثبات باعتمادها على القرائن في إثبات التفاسخ الضمني بين الشركاء خصوصا إذا كان الخصم لم يمانع خصمه في إثبات العدول عن التشارك أو فسخ الشركة بالقرائن فان هذا وحده يسقط حقه في الطعن على الحكم بتلك المخالفة" (نقض ١٩٣٩/١/٩ مجموعة عمر ص١٠٤٠).

تنازل الشريك عن حصنته :

- يجوز النزول عن الحصة في شركات التضامن :

يجوز في شركات التضامن من نزول أحد الشركاء عن حصته في الشركة لواحد من شركائه فيها ويقع التنازل صحيحا منتجا لآثاره فيما بين المتنازل والمتنازل إليه، وان كانت المواد ٤٨ وما يعدها من قانون التجارة قد اوجبت شهر عقد شركة التضامن وما يطرأ عليه من تعديلات

وكان تنازل الشريك عن حصته في الشركة تتضمن تعديلا للعقد بخروج أحد الشركاء من الشركة، فانه يتعين لذلك شهره ويقع واجب الإشهار على عاتق كل شريك، إلا انه إذا تخلف صاحب المصلحة في إجرائه ليضع حدا لمسئوليته قبل الغير فان ذلك يعد منه تقصيرا ولا يجوز له أن يتمسك بعدم حصول الشهر ليفيد من تقصيره وليتخلص من التزامه قبل المتنازل له من الشركاء، وإذ كانت الطاعنة - إحدى الشركاء - قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بان المطعون ضدها الثانية قد باعت إليها حصتها وحصة المطعون ضده الأول التي آلت إليها ملكيتها من قبل بطريق الشراء منه، وأنها اوفت لها الثمن كاملا فخلصت لها ملكية الفندق وانقضت بذلك الشركة لخروج الشريكين السابقين منها واجتماع كل حصص الفندق في يدها، وان لا وده لاحتجاج أحدهما أو كلاهما ببطلان تعديل شركة اعتبرت منقضية لعدم إشهاره، وقد رد الحكم المطعون فيه على ذلك بقوله " أن حصول تعديل بخروج شريكين من الشركة وعدم شهره مما يوجب بطلان هذا التعديل ويظل عقد الشركة صحيحا كما هو إذ يقتصر البطلان على هذا التعديل ويحتفظ كل من المطعون ضدهما الأول والثانية بحصتيهما المطالب بتثبيت الملكية عنها فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون إذ لا يترتب على عدم الإشهار استفادة من قصر في القيام به، كما لا يترتب عليه عودة المبيع الى من باعه لتعارضه مع الضمان الملزم به" (نقض ١٩٧٦/٣/٢٢ س٢٧ ص٧١٨).

- عدم جواز النزول عن الحصة في شركات الأشخاص :

الأصل في حصة الشريك في شركات الأشخاص أنها غير قابلة للتنازل لموافقة سائر الشركاء أخذا بان الشريك قد لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكا، إلا انه مع ذلك يجوز له أن يتنازل عن حقوقه الى الغير بدون موافقتهم، ويبقى هذا التنازل قائما بينه وبين الغير لان الشريك إنما يتصرف في حق من حقوقه الشخصية التي تتمثل في نصيبه في الأرباح وفي موجودات الشركة عند تصفيتها، ولكن لا يكون هذا التنازل عقدا في حق الشركة أو الشركاء، ويبقى هذا الغير أجنبيا عن الشركة وهو ما نصت عليه المادة ٤٤١ من التقنين المدني السابق بقولها "لا يجوز لأحد من الشركاء أن يسقط حقه في الشركة كله أو بعضه إلا إذا وجد شرط يقضي بذلك، وإنما يجوز له فقط أن يشرط في أرباحه غيره ويبقى هذا الغير خارجا عن الشركة"، ولكن التقنين المدني الحالي لم يأت بنص مقابل لان حكمه يتفق مع القواعد العامة" (نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ س٢٥ ص٥٨٧).

التنازل بعد حل الشركة :

إذا حلت الشركة أصبح كل شريك مالكا على الشيوع في أموال الشركة، لانقضاء الشخصية المعنوية لها، ومن ثم تسري أحكام الشيوع ويكون للشريك التصرف في حصته للغير بدون موافقة باقي الشركاء إذ لم يعد لعقد الشركة وجود، ولكن يجوز لهم استرداد هذه الحصة وفقا لأحكام الشيوع. (أنور طلبة ص٣٠٠)

(٥) انقضاء الشركة التجارية باندماجها في شركة أخرى:

من أسباب انقضاء الشركة بالإضافة الى الأسباب المتقدمة اندماجها في شركة أخرى لان ذلك يؤدي الى زوال شخصيتها الاعتبارية. أي أن اندماج شركة في أخرى يترتب عليه انقضاء الشركة الأولى وزوال شخصيتها وخلافه الشركة الثانية لها خلافه عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات .

وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر - وعلى ما استقر عليه قضاء النقض - أن اندماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها الاعتبارية وانفراط ذمتها المالية وبالتالي تنتهي سلطة من كان ينوب عنها وتزول كل صفة له في تمثيلها، فلا يقبل منها المطالبة بحقوقها أو مطالبته بالتزاماتها، وتحل الشركة الدامجة محل الشركة المندمجة - فيما لهذه الأخيرة من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها الشركة الدامجة في ذلك خلافة عامة وتغدو هذه الشركة الأخيرة وحدها هي الجهة التي تخاصم وتختصم في خصوص تلك الحقوق والالتزامات" (نقض ٢٠٠١/٤/٨ طعن ٢٧١٧ س٦٧ق)

وبأنه "الاندماج الذي يترتب عليه خلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وفقا لأحكام القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ هو الاندماج الذي يقع بين الشركات التي تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة فتنقضي به شخصية الشركة المندمجة وتؤول جميع عناصر ذمتها المالية الى الشركة الدامجة التي تحل محلها حلولا قانونيا فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، ومن ثم فلا يعتبر اندماجا – في معنى القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ – مجرد نقل قطاع من نشاط شركة الى شركة أخرى كحصة عينية في رأس مالها طالما بقيت الشركة الأولى محتفظة بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية بما عساه يكون عالقا من التزامات فتظل هي المسئولية وحدها عن الديون التي ترتبت في ذمتها قبل الغير ولو تعلقت بالنشاط الذي انتقل الى الشركة الأخرى" (نقض ١٩٨٤/١٢/١٧ طعن ٢٩١ س٥٠ق) وبأنه "اندماج شركة في أخرى يترتب عليه انقضاء الشركة الأولى وزوال شخصيتها، وخلافه الشركة الثانية لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، فتغدو هذه الشركة الأخيرة وحدها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هي الجهة التي تخاصم وتختصم في خصوص تلك الحقوق والالتزامات، وإذ كان الثابت أن الشركة تباشر الدعوى باعتبارها الدامجة للشركة الأخرى، فلا أهمية بعد ذلك لإغفال هذا البيان عند التقرير بالطعن بالنقض" (نقض ١٩٧٤/٥/١٢ طعن ٢٨٨ س٢٨ق، نقض ١٩٧٢/٥/١٣ طعن ١٤٠ س٣٦ق، نقض ١٩٧٠/٥/٢١ طعن ٧٦ س٣٦ق).

حـــل الشركـــة قضائيـــا :

تنص المادة ٥٣٠ مدني على انه :

١-يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة- بناء علي طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء الشريك بما تعهد به، أو لأي سبب آخر لا يرجع إلي الشركاء. ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل.

٢- ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

فقد أجاز المشرع للمحكمة أن تقضي بحل الشركة علي أن يكون ذلك بناء علي طلب أحد الشركاء، وان يكون هناك سبب يبرر ذلك، والأسباب التي تبرر حل الشركة لم ترد في المادة على سبيل الحصر بل ذكرت المادة سببا واحدا هو "عدم وفاء الشريك بما تعهد به"، ثم أردفت قائلة "أو لأي سبب آخر"، فقد يطلب أحد الشركاء الى القضاء حل الشركة لسبب يرجع الى خطأ شريك آخر، ويكون هذا بمثابة الفسخ القضائي للشركة، ومن الأسباب التي ترجع لخطأ أحد الشركاء ألا يفي هذا الشريك بما تعهد به نحو الشركة، كان يقصر في العمل الذي تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة، أو يكون غير كفء له أو ألا يسلم للشركة حصته من رأس المال، كذلك إذا كان الشريك مديرا غير قابل للعزل، فأهمل في إدارته أو خالف أغراض الشركة أو نظمها أو أحكام القانون، فان هذا سبب يرجع الى خطأ الشريك، ويسوغ لأي شريك آخر أن يطلب حل الشركة من القضاء، وإذا ثبت على أحد الشركاء غش أو تدليس أو خطأ جسيم يبرر حل الشركة، جاز لأي من الشركاء أن يطلب من القضاء حل الشركة لهذا السبب، ولا حصر للأسباب التي ترجع الى خطأ أحد الشركاء، فوجود السبب وتقدير خطورته، وهل هو يبرر حل الشركة أم متروك تقديره الى القاضي، فإذا ثبت على أحد الشركاء خطأ يبرر حل الشركة أم يجز لهذا الشريك المخطئ أن يطلب هو الحل، ولكن يجوز لأي شريك آخر أن يطلب الحل، فإذا قدر القاضي أن السبب كاف لحل الشركة قضى بحلها وجاز له أن يحكم على الشريك المخطئ بالتعويض.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان يبين من نصوص عقد الشركة أن الشركة قد تكونت فعلا منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانوني وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها، كما باشرت نشاطها من اليوم المحدد في العقد، فان الشرط الوارد بالعقد والذي يقضي بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته، هذا الشرك لا يعدو أن يكون شرطا فاسخا يترتب على تخلفه لمصلحة باقي الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء، ولا يعتبر قيام الشركة معلنا عن شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع وعلى ذلك فان تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي الى انفساخ العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشط لم يطلب الفسخ" (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ س٩٧٥) وبأنه "حل الشركة قضاء لسبب يرجع الى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته يجيز للشريك الآخر أن يطالب بالتعويض وفقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمحكمة أن تقضي له بما يستحقه من تعويض أن كان له مقتضى قبل تصفية الشركة لان الشريك المخطئ يتحمل التعويض المقضي به في أمواله الخاصة وليس في أموال الشركة، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض قبل تصفية الشركة لا مخالفة فيه للقانون" (الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٩٢٩ جلسة ١٩٦٩/٦/١٢).

وقد يكون السبب الذي يطلب أحد الشركاء حل الشركة من أجله غير راجع الى خطأ أي شريك آخر، مثل ذلك أن يمرض أحد الشركاء مرضا خطيرا يعجزه عن القيام بعمله في الشركة، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة، أو يهلك الشيء الذي قدمه حصة في الشركة قبل تسلمه بسبب أجنبي، ويعتبر سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء، ووقع حوادث طارئة غير متوقعة يجعل من العسير على الشركة الاستمرار في نشاطها، أسبابا تسوغ طلب حل الشركة من القضاء، وهنا أيضا يترك للقاضي تقدير خطورة السبب، وما إذا كان يبرر حل الشركة، وإذا كان السبب لا يرجع الى خطأ أحد من الشركاء، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة، ولا تجوز المطالبة بتعويض إذا لا تقصير في جانب أحد من الشركاء (السنهوري ص٢٧٨) ويرد الحل على الشركة سواء كانت مدتها مطلقة أو مقيدة بإتمام عمل معين، فتنقضي الشركة قبل اكتمال مدتها أو قبل إتمام العمل الذي انشئت من أجله وتدخل في دور التصفية، ولا يحول دون الشريك ورفع الدعوى بحل الشركة، أن يكون له الحق في الانسحاب من الشركة (أنور طلبة ص٣٠٥).

وحق الشريك في طلب الحل القضائي لوجود مبرر شرعي يدعو إليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الشركاء من حقه في طلب الحل وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا.

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٥٣٠ من القانون المدني على انه:

"١- يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع الى الشركاء ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل.
٢- ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك، يدل على أن لكل شريك الحق في اللجوء الى القضاء بطلب حل الشركة إذا ما ارتأي أن أي من باقي الشركاء أخل بتنفيذ التزامه تجاه الشركة، أو انه قد صدر عنه ما قد يلحق بها أو بحقوقه قبلها ضرر لو استمرت رغم ذلك، ويكون طلب الحل قاصرا على الشريك المضرور من جراء فعل الشركاء الآخرين، وان هذا الحق متعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز للشركاء الاتفاق على مخالفته ذلك، وانه إذا ما تضمن عقد الشركة ما يقيد حق الشركاء في اللجوء الى القضاء بطلب حل الشركة عند وجود المبرر لذلك لا يعتد به لبطلانه بطلانا مطلقا" (نقض ١٩٤٤/٢/١٤ طعن ١٩٠٢ س٦٢ق)

وبأنه "اللجوء الى القضاء بطلب حل الشركة، حق للشريك المضرور من جراء فعل الشركاء الآخرين، وان هذا الحق يتعلق بالنظام العام فلا يجوز اتفاق الشركاء على مخالفته عملا بالمادة ٥٣٠ من القانون المدني" (نقض ١٩٩٩/٥/٣ طعن ٢١٣٨ س٦١ق).

وحق الشريك في طلب الحل القضائي هو حق شخصي له يترك الى تقديره الخاص، فلا يجوز لدائنيه استعماله بطريق الدعوى غير المباشرة، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد "وحق الشريك في طلب الحل القضائي لوجود مبرر شرعي يدعو إليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، ولذلك لا يجوز التناول عنه قبل وقوع سببه، ويكون باطلا كل اتفاق يحرم الشريك من هذا الحق، كما يلاحظ أيضا أن هذا الحق شخصي محض، فلا يستطيع دائنو الشريك، ولا دائنو الشركة طلب الحل بناء على هذا النص" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٨٦) فدائنو الشركة لا يستطيعون أيضا طلب حلها قضائيا، ولكن لهم أن ينفذوا بحقوقهم على أموالها، وان يشهروا إفلاسها أو إعسارها (محمد كامل مرسي في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٣٧ ص٦٠٥، وانظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٢٨ ص١٤٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحل الشركة، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي في قضائه بحل الشركة وتصفيتها فانه لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم" (مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٧١٣ جلسة ١٩٧٩/٣/٥) وبأنه " إذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة فان هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي إنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل. أما قيامها وأعمالها في الماضي فأنها لا تتأثر بالحل، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني والتي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة فسخه مما يقتضي أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد، وعند خلوه من حكم خاص تتبع في ذلك الأحكام الواردة في المادة ٥٣٢ من القانون المدني وما بعدها، وبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته في رأس المال لان هذه التصفية هي التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده في خصوص استرداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الاوان" (الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٩٢٩ جلسة ١٩٦٩/٦/١٢) وبأنه "الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة في الفسخ ليس له أثر رجعي وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها في الماضي فأنها لا تتأثر به، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني التي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد" (نقض ١٩٨٨/٦/٢٠ طعن ١١٩٨ س٥٢ق).

الرسوم النسبية في دعوى الحل والتصفية :

طلب فسخ عقد الشركة وتصفيتها يخضع في تقدير الرسوم النسبية بالنسبة له لنص المادة ٣/٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الذي يجري على أن "يكون أساس تقدير الرسوم النسبية في دعاوى طلب الحكم بصحة العقود أو إبطالها أو فسخها بقيمة الشيء المتنازع فيه"، غير انه يتعين طبقا للمادة التاسعة من ذلك القانون ألا يحصل قلم الكتاب رسوما نسبية على أكثر من أربعمائة جنيه فإذا انتهت الدعوى بحكم وقضى فيها بأكثر من ٤٠٠ جنيه سوى الرسم على أساس ما حكم به

ولما كانت الدعوى قد انتهت صلحا أمام محكمة الاستئناف فانه يتعين تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٢ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ومؤداها أن الرسوم النسبية تحسب في هذه الحالة على قيمة الطلب أو على قيمة المتصالح عليه أيهما أكبر ولا اعتداد في خذا الخصوص بما تضمنه عقد الصلح من تنازل المطعون عليهما عن الحكم الصادر من محكمة اول درجة بحل الشركة وتصفيتها إذ انه بخروج هذين الشريكين من الشركة فأنها تكون قد انقضت" (نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ طعن ٩٢ ص٣٦ق).

طلب أحد الشركاء فصل أو إخراج شريك آخر من الشركة:

تنص المادة ٥٣١ مدني علي انه:

١- يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء، الحكم بفصل أي من الشركاء، يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضا علي مد أجلها، أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره مسوغا لحل الشركة، علي أن تظل الشركة قائمة بين الباقين.

٢- ويجوز أيضا لأي شريك، إذا كانت الشركة معينة المدة، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة، متى استند ذلك إلي أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تنحل الشركة، ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها.

فقد رأينا أن الفقرة الأولي من هذه المادة قد أجازت لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء إذا كانت تصرفاته محل اعتراض.، على أن تظل الشركة قائمة بين باقي الشركاء، والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان سبب الاعتراض على الشريك يبرر فصله، وقد يكون الشريك المعترض عليه قد وفي بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو خطأ يبرر فصله، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أسبابا معقولة لهذا الرفض، فيجوز لأي شريك آخر في هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة، حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة الى أجل جديد، وإذا حكم القضاء بفصل الشريك المعترض عليه، بقيت الشركة قائمة بن باقي الشركاء واستمرت في أعمالها طبقا لنظمها. أما الشريك المفصول فصفي نصيبه في الشركة على الوجه الذي رأيناه في الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدني، فيقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الفصل ويدفع به نقدا، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على الفصل (السنهوري ص٢٨٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١/٥٣١ من القانون على انه " يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد آثار اعتراضا على مد أجلها أو أن تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين". مفاده أن المشرع أباح لأي من الشركاء طلب فصل شريك آخر متى صدر منه من الأفعال ما يبرر هذا الحل ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير سلامة الأسباب المؤدية الى ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله في هذا الخصوص" (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٨) وبأنه "إذا حكم بفصل الشريك من الشركة واستمرت في مباشرة نشاطها بين باقي الشركاء فانه يتعين على المحكمة تحديد نصيبه فيها عند عدم الاتفاق على كيفية احتسابه وقت فصله منها على أن يؤدي له نقدا دون أن يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ما لم تكن ما حققته الشركة من أرباح كان ناتجا عن عمليات سابقة على فصله وذلك وفقا لمفهوم المادة ٣/٥٢٨ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٨).

كما أجازت الفقرة الثانية من المادة ٥٣١ مدني سالفة الذكر لأي شريك أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك لأسباب معقولة كاضطراب حالته المالية أو الصحية أو ظروفه الخاصة، والقضاء هو الذي يقدر ما إذا كانت الأسباب تبرر إجابته لهذا الطلب، ويجوز أن يتم الإخراج بالتراضي بموافقة باقي الشركاء، ويشترط في استعمال حق الإخراج أن تكون الشركة معينة المدة أو محددة العمل، فان لم تكن كذلك فللشريك أن ينسحب من الشركة بان يعلن إرادته في الانسحاب (م٥٢٩) (أنور طلبة ص٣١٢، مرجع سابق)

فإذا ما أقر الشريك على طلب إخراجه من الشركة، صفي نصيب هذا الشريك على الوجه المقرر في الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدني، فيقدر النصيب بحسب قيمته يوم القضاء بالإخراج ويدفع به نقدا، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على القضاء بالإخراج، ثم أن القضاء بإخراج الشريك من الشركة يترتب عليه حلها، كما يترتب حل الشركة على خروج أحد الشركاء بأي سبب آخر، كانسحابه أو موته أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه، ولكن يجوز مع ذلك لباقي الشركاء أن يتفادوا في هذه الحالة، وفي غيرها من الحالات الأخرى، حل الشركة وان يتفقوا على استمرارها فيما بنيهم وحدهم دون الشريك الذي خرج (السنهوري ص٢٨٣).

تصفية الشركة وقسمتها :

ويقصد بتصفية الشركة المطالبة بحقوقها ودفع ديونها، وتوزيع ما يتقى من أموال بين الشركاء بطريق القسمة، وتعرف محكمة النقض تصفية الشركة بقولها "تصفية الشركة هي كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يوزع بين الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولا أو عقارا" (الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٨).

يتبين مما تقدم أن الشيء المتنازع عليه في دعوى تصفية شركة هو مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيتها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الشيء المتنازع عليه في دعوى تصفية شركة هو مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيتها وقت طلب التصفية لان التصفية ليست إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هو التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم في دعوى التصفية وعلى أساس هذه القيمة تقدر الدعوى، وبذلك تكون دعوى التصفية دعوى معلومة القيمة يستحق عنها رسم نسبي في حدود ما قرره القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ وهذا الرسم يستحق على قيمة أموال الشركة الموجودة وقت طلب التصفية والمراد قسمتها بصرف النظر عن رأس مال الشركة المبين في عقدها" (الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٢/٦) وبأنه "الشيء المتنازع عليه في دعوى تصفية الشركة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مجموعة أموال الشركة المطلوب تصفيتها وقت طلب التصفية، لان التصفية ليست إلا قسمة أموال بين الشركاء، وقيمة هذه الأموال هي التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم، وعلى أساس هذه القيمة يتم تقدير الدعوى، وبذلك تكون دعوى معلومة القيمة، يستحق عليها رسم نسبي في حدود ما قرره القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤، وهذا الرسم يستحق على قيمة أموال الشركة الموجودة وقت طلب التصفية والمراد قسمتها، وإذ كان الطلب في الدعوى الصادر بشأنها أمر تقدير الرسوم هو بتعيين مصف لتصفية الشركة، فان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر تلك الدعوى مجهولة القيمة يستحق عليها رسم ثابت يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٩) وبأنه "المتنازع عليه في دعوى التصفية هو مجموعة أموال الشركة باعتبار أن التصفية هي كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي هذه الأموال الذي يوزع بين الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولا أو عقارا" (الطعن رقم ١٥٦٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٦).

طريقة تصفية الشركة :

تنص المادة ٥٣٢ مدني على انه "تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد "، مفاده أن عقد تأسيس الشركة إذا تضمن الطريقة التي تتم بها تصفية أموالها، وجب على الشركاء إلزام هذه الطريقة ذلك أن العقد هو قانون المتعاقدين الذي يحكم علاقاتهم ببعض، فلا يجوز لأحد الشركاء الاعتراض على الطريقة المبينة بالعقد. فإذا اعتراض بعض الشركاء على التصفية بالطريقة التي تضمنها عقد الشركة، ورفعت المنازعة الى القضاء، وجب عليه تطبيق قانون المتعاقدين وذلك بالحكم بإتمام التصفية بالطريقة المبينة في عقد الشركة، فان تضمن العقد إتمام تصفية المنقولات والعقارات عن طريق بيعها بالمزاد العلني مثلا وجب الالتزام بذلك. أما إذا لم ينص عقد تأسيس الشركة على الطريقة التي تتم بها التصفية، فان القانون قد تولى وضع الأحكام التي تجري تصفية الشركة وقسمة أموالها على مقتضاها، وقد وردت هذه الأحكام في المواد (٥٣٣ - ٥٣٧ مدني).

وقد قضت محكمة النقض بأن "وان كان الأصل في تصفية الشركات عند انقضائها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته في صافي أموالها أن أمكن إلا انه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدما فيما بينهم على طريقة معينة تجري التصفية على أساسها، وهذا الاتفاق ملزم لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام" (الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤) وبأنه "إذا كان قد نص في عقد الشركة على انه عند انقضاء مدتها تنحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطي الشريك الآخر ما يخصه في موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التي تعمل بمعرفة الطرفين، فان تفسير الحكم المطعون فيه هذا الاتفاق بان المقصود مه هو إعطاء الشريك الآخر نصيبه في الموجودات حسب سعرها المتداول في السوق هو خروج عن المعنى الواضح لعبارة الاتفاق وتحميل لما فوق ما تحتمل، ذلك أن لفظ الميزانية إذا ذكر مطلقا عن كل قيد ينصرف بداهة الى ميزانية الأصول والخصوم الجاري العمل بها في الشركات أثناء قيامها والتي تقدر فيها الموجودات بحسب قيمنها الدفترية" (الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤) وبأنه "خلو عقد الشركة من بيان كيفية تصفيتها وجوب الرجوع الى أحكام القانون المدني" (نقض ٢٠٠٠/١١/٣٠ طعن ٣٣٠، ٣٥١، ٣٧٣ س٦٩ق) وبأنه "تنص المادة ٥٣٢ من القانون المدني على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة في العقد على أن تتبع الأحكام الواردة في المادة ٥٢٦ وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص، فإذا كان عقد الشركة قد خول المصفي الذي تعينه الجمعية العمومية جميع السلطات لتصفية الأموال المنقولة أو العقارية المملوكة للشركة أما بطريق البيوع الودية أو بالمزاد ولم يرد به نص خاص يوجب تصفية المحل التجاري عن طريق بيعه مجزءا وكان الحكم المطعون فيه قد انتهي الى ما يتفق وهذا النظر فانه لا يكون قد خالف مدلول الثابت بعقد الشركة" (نقض ١٩٦٢/٦/١ س١٣ ص٧٦٤، ١٩٦٩/٦/١٢ س٢٠ ص٩٢٩) وبأنه "متى كان الحكم إذ قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائيا في النزاع الجدي الذي قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء الموصين فان هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٣٣٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩) وبأنه "تنص المادة ٥٣٢ من القانون المدني على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة في العقد على أن تتبع الأحكام الواردة في المادة ٥٣٣ وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص، فإذا كان عقد الشركة قد خول المصفي الذي تعينه الجمعية العمومية جميع السلطات لتصفية الأموال المنقولة أو العقارية المملوكة للشركة إما بطريقة البيوع الودية أو بالمزاد ولم يرد به نص خاص يوجب تصفية المحل التجاري عن طريق بيعه مجزئا، كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلى ما يتفق وهذا النظر فانه لا يكون قد خالف مدلول الثابت بعقد الشركة" (الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

وبأنه "إذا تفق الشركاء فيما بينهم على طريقة معينة تجرى بها التصفية فان هذا الاتفاق يكون ملزما لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام" (الطعن رقم ٤٧٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠) وبأنه "لئن كان النص في المادة ٥٣٢ من القانون المدني على انه تم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التي فصلتها المادة، ولما كان النص في البند السابع من عقد الشركة المؤرخ ١٩٧٥/٦/١ على انه "…. يتم تصفية المحل التجاري بالطريقة التي يتفق عليها الأطراف جميعا، وفي حالة عدم الاتفاق يصفي المحل بمعرفة مصف يختاره أغلبية الأطراف بقدر حصصهم وإلا فتكون التصفية قضائية بمعرفة المحكمة المختصة "، ومفاده أن إجراءات التصفية الاختيارية الواردة في هذا البند والتي تتم إما بإجماع آراء الشركاء أو بأغلبية الحصص إنما تنصرف فقط الى التصفية الاتفاقية أما إذا فشلت وطرح الأمر على القضاء فان المحكمة المختصة تكون صاحبة الكلمة في اختيار طريقة التصفية ومنها تحديد شخصية المصفي" (الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٤).

تصفية الشركة في حالة الحكم بحلها :

طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحلها، ذلك أن طلب التصفية لا يعدو أن يكون طلب قسمة أموال الشركة فيما بين شركائها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحل الشركة، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي في قضائه بحل الشركة وتصفيتها فانه لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم" (الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥) وبأنه "طلب تصفية الشركة. تضمنه بطريق اللزوم طلب حلها" (الطعنان رقما ٧٨٢ لسنة ٦٤ق، ٤٦٧٣ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٨).

لا ترد التصفية على شركة المحاصة :

التصفية لا ترد على شركة المحاصة لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها رأس مال وفقا لما نصت عليه المادة ٥٩ من قانون التجارة وإنما تنتهي هذه الشركة بإتمام المحاسبة بين الشركاء لتعيين نصيب كل منهم في الربح والخسارة (نقض ١٩٧٦/١/٢٠ س٢٧ ص٢٤٥).

الحكم الصادر بالتصفية لا يعد حكم ختامي منهي للخصومة :

لا يعد الحكم الصادر بالتصفية منهي للخصومة ومن ثم لا يجوز الطعن عليه بالاستئناف استقلالا تطبيقا لنص المادة ١١٢ مرافعات التي تقضي بأنه "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها .....".

وقد قضت محكمة النقض بأن "قضاء محكمة اول درجة بحل الشركة ووضعها تحت التصفية وتعيين مصف لها لا تنتهي به الخصومة ولا يجوز الطعن فيه بطريق الاستئناف استقلالا" (نقض ١٩٨١/٥/٤ طعن ١٤٥٥ س٤٨ق) وبأنه "المشرع وضع قاعدة عامة مقتضاها منع الطعن المباشر في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها بحيث لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع، سواء كانت تلك الأحكام موضوعية أو فرعية أو قطعية أو متعلقة بالإثبات حتى ولو كانت منهية لجزء من الخصومة، واستثنى المشرع أحكاما أجاز فيها الطعن المباشر من بينها الأحكام التي تصدر في شق من الموضوع متى كانت قابلة للتنفيذ الجبري، ورائدة في ذلك أن القابلية للتنفيذ

وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - تنشئ للمحكوم عليه مصلحة جدية في الطعن فيه على استقلال وحتى يتسنى طلب وقف نفاذه. لما كان ذلك، وكان المطعون ضدهم طلبوا حل الشركة القائمة بينهم وبين الطاعنة عن نفسها وبصفتها مع ما يترتب على ذلك قانونا وبتصفية تلك الشركة وتعين مصف لها من الجدول وتقسيم صافي ناتج التصفية كل بحسب نصيبه وإذ قضت المحكمة الابتدائية بحل الشركة ..... ووضعها تحت التصفية القضائية وتعيين خبير الجدول صاحب الدور لتصفيتها وتكون مهمته استلام دفاتر الشركة واوراقها ومستنداتها وجرد أموال الشركة العقارية ... وصولا لبيان إجمالي قيمة الشركة ونصيب المدعين فيها ونصيب كل من الشركاء والمدعي عليها .... وإيداع الصافي وفق ما تقدم خزينة المحكمة، ولما كان ذلك الحكم قد بت بصفة نهائية بحل الشركة وتصفيتها وتعيين مصف عليها واناط به اتخاذ كافة الإجراءات المؤدية الى تحديد صافي نصيب كل شريك فيها، ولا يكون للمحكمة شيء تقضي به بعد ذلك سوى القضاء بانتهاء الدعوى سيما وان المطعون ضدهم لم يطلبوا القضاء باعتماد ناتج التصفية ولم تورد المحكمة في منطوقها إرجاء الفصل في مثل هذا الأمر، ومن ثم يكون الحكم منهيا للخصومة بما يجوز الطعن فيه بالاستئناف ثم بالنقض" (الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٤) وبأنه "النص في المادة ٢١٢ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن المشرع قد وضع قاعدة عامة تقضي بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهي لها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى وكذلك الأحكام التي تصدر في شق من الموضوع متى كانت قابلة للتنفيذ الجبري ولما كان موضوع الخصومة قد تحدد بما انتهي إليه المطعون ضده الأول من طلب حل الشركة موضوع النزاع وتصفيتها وصولا الى حصوله على نصيبه في أرباح الشركة ورأسمالها وفق ناتج التصفية وإذ كان الحكم الاستئنافي قد قبل الطعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي الذي قضى للمذكور بطلباته وكان هذا الأخير قد اقتصر على طلب حل الشركة وتصفيتها وتعيين مصف لتصفيتها دون أن يطلب الحكم باعتماد نتيجة التصفية أو الحكم له بنصيبه من ناتج التصفية فان الحكم الابتدائي يكون قد انهي الخصومة كلها ولم يعد باقيا منها شيء أمام المحكمة للفصل فيه مما يجوز معه الطعن فيه أمام محكمة الاستئناف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فان النعى يكون على غير أساس" (الطعن رقم ٥٦٨٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٧) وبأنه "إذ كان الثابت بالاوراق أن الطاعنين كانا قد أقاما الدعوى ٢٢ لسنة ١٩٩٤ تجاري طنطا الابتدائية بطلب الحكم بتصفية الشركة وتعيين مصفي لها وقضى بها بجلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ بتعيين مصفي تكون مهمته تصفية الشركة وتقسيم أموال الشركاء جميعا وتحديد جلسة ليقدم تقريره وهو حكم لم يفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي به الخصومة فيها فلا تستحق باقي الرسوم ولا يحق لقلم كتاب المحكمة مطالبة المدعين بأدائها" (الطعن رقم ٨٤٨ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٧/١).

تقدير رسوم دعوى التصفية :

إذا طلب أحد الشركاء فسخ الشركة وتصفيتها فان تقدير الرسوم على الدعوى يكون على مجموع أموال الشركة لا على حصة طالب التصفية فقط لان التصفية ما هي إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هي التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم في دعوى التصفية

وقد قضت محكمة النقض بأن "حل الشركة قضائيا هو فسخ لها ومن ثم تقدير قيمة الدعوى بحل الشركة طبقا لنص المادة ٧/٣٧ مرافعات" (نقض ٢٠٠٠/٢/٢١ طعن ٥٦٠٠ س٦٢ق) وبأنه "طلب تصفية الشركة يعتبر طلبا قابلا للتقدير ويقدر بقيمة مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيتها وقت طلب التصفية، ذلك أن طلب التصفية لا يعدو أن يكون طلب قسمة أموال الشركة فيما بين شركائها وقيمة هذه الأموال هي التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم، فإذا جاوزت قيمة أموال الشركة وقت طلب تصفيتها (مائتين وخمسين جنيها)

انعقد الاختصاص بنظر هذا الطلب للمحكمة الابتدائية بل ويمتد اختصاص تلك المحكمة الى ما عساه يكون مرتبطا بطلب التصفية من طلبات أخرى، ولو كانت مما يدخل في الاختصاص القيمي أو النوعي للقاضي الجزئي إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قانون الرافعات ويكون حكم المحكمة الابتدائية في الطلب الذي يدخل في اختصاصها الأصلي ويجاوز قيمة النصاب الانتهائي لتلك المحكمة وفي الطلبات المرتبطة به جائزا استئنافه، إذ العبرة في تقدير قيمة الدعوى في هذه الحالة هو بقيمة الطلب الأصلي وحده" (نقض ١٩٨٠/٦/٢٣ طعن ٢١٥ س٤٧ق، نقض ١٩٧٣/٤/١٠ طعن ٢٣٠ س٣٨ق، نقض ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٥٧ س٢٩ق) وبأنه "الشيء المتنازع عليه في دعوى تصفية الشركة هو مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيتها وقت طلب التصفية، لان التصفية ليست إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هي التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم في دعوى التصفية وعلى أساس هذه القيمة تقدر الدعوى وبذلك تكون دعوى معلومة القيمة يستحق عليها رسم نسبي في حدود ما قرره القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ وهذا الرسم يستحق على قيمة أموال الشركة الموجود وقت طلب التصفية والمراد قسمتها بصرف النظر عن رأس مال الشركة المبين في عقدها" (نقض ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٩٧ س٢٩ق) وبأنه طلب فسخ عقد الشركة وتصفيتها يخضع في تقدير الرسوم النسبية بالنسبة له لنص المادة ٣/٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الذي يجري على أن "يكون أساس تقدير الرسوم النسبية في دعاوى طلب الحكم بصحة العقود أو إبطالها أو فسخها بقيمة الشيء المتنازع فيه". غير انه يتعين طبقا للمادة التاسعة من ذلك القانون ألا يحصل قلم الكتاب رسوما نسبية على أكثر من أربعمائة جنيه فإذا انتهت الدعوى بحكم وقضى فيها بأكثر من ٤٠٠ جنيه سوى الرسم على أساس ما حكم به، ولما كانت الدعوى قد انتهت صلحا أمام محكمة الاستئناف فانه يتعين تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٢ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ومؤداها أن الرسوم النسبية تحسب في هذه الحالة على قيمة الطلب أو على المتصالح عليه أيهما أكبر ولا اعتدد في هذا الخصوص بما تضمنه عقد الصلح من تنازل المطعون عليهما عن الحكم الصادر من محكمة اول درجة بحل الشركة وتصفيتها إذ انه بخروج هذين الشريكين فأنها تكون قد انقضت" (نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ طعن ٩٢ س٣٦ق).

انتهاء سلطة المديرية بحل الشركة :

يترتب على حل الشركة، انتقالها من دور الإدارة الى دور التصفية، فتنتهي سلطة المديرين مما يجوز معه لأحدهم القيام بأعمال الإدارة التي كانت منوطة به، وإلا كانت غير نافذة في حق الشركة لصدورها من غير ذي صفة، إذ يترتب على حل الشركة انتهاء أعمال الإدارة وبدء أعمال التصفية، فان لم يتم تعيين مصف عند حل الشركة، قام المدير بأعمال التصفية حتى يتم هذا التعيين فيقوم المدير حينئذ بأعمال التصفية وليس بأعمال الإدارة. (أنور طلبة ص٣١٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "يترتب على حل الشركة ودخولها في دور التصفية انتهاء سلطة المديرين وذلك كنص المادة ٥٣٣ من القانون المدني فتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة ويصبح المصفي الذي يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية وكذلك في جميع الدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها، فإذا كان الطعن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلا للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصفي فانه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة ولا بغير من ذلك أن يكون الطعن قد رفع بإذن من المصفي طالما انه لم يرفع باسمه بصفته ممثلا للشركة" (نقض ١٩٥٦/١١/٢٤ س٧ ص٥٩١)

وبأنه "يترتب على حل الشركة زوال صفة مديرها في تمثيلها ويحل محلهم المصفي الذي عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى" (مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٧١٣ جلسة ١٩٧٩/٣/٥) وبأنه "طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم الفعلي طلب الحكم بحلها" (الطعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٢/١/٥) وبأنه "النص في المادة ٥٣٣ من القانون المدني على أن تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية يدل على انه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فأنها تنقضي وتدخل في دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذي تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التي تصفي بها أموالها فانه يجب اتباعها، وفي حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التي تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجري التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولي المصفي أعمال التصفية" (الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٣٣٧ جلسة ١٩٨١/١/٢٦) وبأنه "يترتب على حل الشركة زوال صفة مديريها في تمثيلها، ويحل محلهم المصفي الذي عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى" (الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥) وبأنه "مؤدى نص المادة ٥٢٣ من القانون المدني انه إذا انقضت الشركة بتحقيق أي سبب من أسباب انقضائها - ومنها ما نصت عليه المادة ٥٢٧ مدني من هلاك أموالها - فأنها تدخل في دور التصفية حيث تنتهي سلطة المديرية فيها ويتولى المصفي أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام - باسم الشركة ولحسابها - باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع مالها منقولا أو عقارا - على نحو ما نصت عليه المادة ٥٣٥ مدني - وهو ما يستوجب بقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها تسهيلا لعملية التصفية وحفظا لحقوق الغير حتى يمكن للمصفي القيام بهذه الأعمال مما يقضي بدوره قيام العقود والعلاقات المستمرة المتعلقة بإدارة الشركة واللازمة لاستمرار عملية التصفية - ومنها عقود الإيجار الصادرة للشركة - وذلك لحين الانتهاء من التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد سافي الناتج فيها وتقديم المصفي تقريره بذلك واعتماده من الشركاء ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية الشركة تبقى بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي، وان المصفي يصبح صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية" (الطعن رقم ٤١ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٣١) وبأنه "انقضاء الشركة ودخولها في دور التصفية. أثره. أنهاء سلطة المديرين مع استمرارها حتى تمام التصفية. مؤداه. عدم قيام المصفي بأي عمل جديد من أعمال الشركة

بقاء الشخصية المعنوية للشركة فترة التصفية :

تظل للشركة بشخصيتها المعنوية طوال الفترة التي تجري فيها أعمال التصفية وإلى تنتهي هذه الأعمال، ولولا ذلك لما استطاع دائنو الشركة عند التصفية أن يستخلصوا حقوقهم من مال الشركة دون مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء، إذا لو انعدمت الشخصية المعنوية للشركة مجرد حلها وقبل إجراء التصفية لأصبح مال الشركة مالاً شائعاً بين الشركاء لا مال مملوكا للشركة بعد انعدام شخصيتها، ولكان للدائنين الشخصيين للشركاء حق التنفيذ عليه فزاحموا دائني الشركة، على أن بقاء الشخصية المعنوية للشركة التي دخلت دور التصفية مقصور على أعمال التصفية، وبالقدر اللازم لهذه الأعمال فلا يجوز للمصفي بدعوى أن الشخصية المعنوية للشركة لا تزال باقية، لان يقوم لحساب الشركة بأعمال أخرى غير أعمال التصفية فيبدأ مثلا أعمال جديدة ليست لازمة للتصفية (السنهوري ص٢٨٨)

وتنقضي الشخصية المعنوية للشركة بانتهاء أعمال التصفية وذلك بتحديد الصافي من أموال الشركة بعد الحصول على حقوقها والوفاء بديونها، وما يتبقى بعد ذلك يعتبر مملوكا للشركاء على الشيوع، فيسقم بينهم وفقا لما تضمنه عقد الشركة، أن وجد به نص على التصفية، فان لم تضمنه عقد الشركة، أن وجد به نص على التصفية، فان لم يوجد، تمت القسمة وفقا لقواعد قسمة المال الشائع، وإذا تأخر تعيين المصفي بعد حل الشركة ظل المديرون في وظائفهم ويعتبرون بالنسبة للغير في حكم المصفي وعليهم القيام بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال، وترفع عليهم الدعاوى الموجهة ضد الشركة (أنور طلبة ص٣٢٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "شخصية الشركة تبقى بعد حلها ودخولها في دور التصفية لحين انتهاء الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية ومن بينها بيع أموال الشركة منقولا كانت أو عقارا، مما مؤداه أن يكون للمصفي المعين لتصفية البنك التجاري- بسبب هلاك رأس ماله بالخسارة - الحقي في بيع موجودات البنك وأمواله حق إيجار عين النزاع تحقيقا لأغراض التصفية" (نقض ١٩٧٩/٣/٣١ طعن ٤١س ٤٥ق) وبأنه "من المقرر، مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائني الشركة ومدينيها، أن انتهاء الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنتهي التصفية، وإذن فان كل موجودات الشركة بما فيها الدفاتر أثناء التصفية مملوكة لها لا ملكا شائعا بين الشركاء فلا يصح لأحدهم أن يوقع الحجز الاستحقاقي على شيء من ذلك" (نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ طعن ٢٦ س١٥ق) وبأنه "عند حل الشركة تبقى شخصيتها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية وإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على طريقة معين تجرى بها التصفية فان هذا الاتفاق يكون ملزم لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام، ومتى تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركة انتهت مهمة المصفي وزالت الشخصية المعنوية للشركة نهائيا، ويلتزم المصفي بان يضع بين أيدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكا شائعا للشركاء وتجرى قسمته بينهم" (الطعن رقم ٤٧٣ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٥٢ جلسة ١٩٦٥/٦/١٠، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص٣٠١ جلسة ١٩٧٦/١/٢٦) وبأنه "تمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها لتصفية والدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها، أما إذا تعلق الأمر بالشروع في تنفيذ الحكم القاضي بحل الشركة وتصفيتها وتعيين أحد الشركاء مصفيا لها فانه لا يعدو أن يكون حكما من الأحكام التي يراد تنفيذها هنالك، لا تختلط صفة المصفي مع صفة المحكوم له، لان الأمر لا يتعلق حينئذ بالمنازعة فيما قضى به الحكم من تعيينه مصفيا أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسبأنه مصفيا لشركة تحت التصفية وإنما يتعلق الأمر بجواز تنفيذ حكم أو بصحة الإجراءات هذا التنفيذ لذلك لا تكون صفته كمصف ملحوظة وإنما تبرز صفته تطالب تنفيذ محكوم له، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصامه بصفته مصفيا فانه يكون قد التزم صحيح القانون" (مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ع٢ ص٢٩١ جلسة ١٩٧٩/٥/٧).

كما قضت أيضا بأن "لما كان الحكم المطعون فيه قد قصر قضاءه على أنهاء عقد الشركة المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣ دون تحديد تاريخ لهذا الانتهاء في حين انه قد تكونت شركة جديدة اعتبارا من ١٩٩٦/١/١ تاريخ انتهاء مدة العقد باستمرار الشركاء في مباشرة نشاطها سنة فسنة حتى أبدى المطعون ضدهم بانذارهم المسلم الى الطاعن بتاريخ ١٩٩٨/٨/٦ رغبتهم في عدم تجديدها والذي يتعين أن يبدأ نفاذه اعتبارا من تاريخ ١٩٩٩/١/١ ومنه تنقضي الشركة وتدخل في دور التصفية وتنتهي سلطة مديرها ويتولى المصفي الذي يتم تعيينه اتفاقا أو قضاء أعمال التصفية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا الحظر وخلا قضاؤه من تحديد لتاريخ انتهاء عقد الشركة الذي تبدأ منه آثار الانقضاء التي يرتبها القانون فان يكون معيبا بما يوجب نقضه" (نقض ٢٠٠١/٥/١٥ طعن ٢٥٣٢ س٦٩ق)

وبأنه "النص في المادة ٥٣٢ من القانون المدني على انه تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد، وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التي فصلتها المادة ٥٣٣ وما بعدها، والنص في المادة ٥٣٣ على أن تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية - يدل على انه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فأنها تنقضي وتدخل في دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذي تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التي تصفي بها أموالها فانه يجب اتباعها، وفي حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التي تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولى المصفي أعمال التصفية" (نقض ١٩٨١/١/٢٦ طعن ١٧١٠ س٤٩ق) وبأنه "لشركات الأشخاص سواء كانت شركات تضامن أو شركات توصية، شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها وهو ما يستتبع انفصال ذمتها عن ذممهم فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائنيها وحدهم ولا يجوز لدائني الشركاء التنفيذ على أموال الشركة مزاحمين بذلك دائنيها، وإنما يجوز لهم أن ينفذوا على ما يدخل في ذمة الشريك من أموال الشركة كحصته في الأرباح أو نصيبه الصافي مما يتبقى من أموالها بعد التصفية، ولذلك نص المشرع في المادة ٥٣٣ من القانون المدني على بقاء الشخصية المعنوية للشركة في حدود ما تتطلبه أغراض التصفية كانجاز الأعمال الجارية واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ديونها، فإذا انجز المصفي هذه الأعمال، يصبح الشركاء ملاكا على الشيوع للصافي من أموالها وتتم قسمته بينهم، أما قبل ذلك فلا يجوز الحجز على أموال الشركة استيفاء لدين على الشركاء. لما كان ذلك، فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب بطلان الحجوز الموقعة على عقارين مملوكين للشركة وفاء لديون مستحقة على الشركاء بمقولة أن الشركة قد انقضت لاستغراق أموالها بالديون وانه لا حاجة لتصفيتها مع أيلولة أموالها الى الشركاء محملة بالديون المستحقة على الشركة، يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ س٢٨ ص٨٠٨) وبأنه "تعتبر الشركة مالكة للحصص والأموال والمنقولات وليس لأي من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق في الاستيلاء على الربح ومن المقرر مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائني الشركة ومدينيها أن انتهاء عقد الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنقضي التصفية وبذا تكون كل موجوداتها في غضون هذه الفترة مملوكة للشركة لا ملكا شائعا بين الشركاء فلا يصح لأحدهم أن يتصرف في شيء منها مما لا سبيل معه الى القول بوجود نوع من القسمة يجعل تصرف شريك في المال مرتبطا بنتائجها" (نقض جنائي ١٩٥٩/٦/٤ س٧ ص٨١١، نقض مدني ١٩٥٢/١٠/٣٠ س٤ ص٦٣) وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه في أحوال التصفية لا يبدأ توقف المنشأة من تاريخ بدء التصفية ولكن من تاريخ انتهائها، لهذا فان فترة التصفية تكون فترة عمل يباشر فيها الممول نشاطه الخاضع للضريبة، وتعد عمليات التصفية استمرارا لهذا النشاط، وثبوت الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية جاء على سبيل الاستثناء لذلك وجب أن تقدر ضرورة هذا الاستثناء بقدرها، ولما كان مفاد الشخصية المعنوية مقصودا به تسهيل عملية التصفية وحفظ حقوق الغير فان شخصية الشركة لا تبقى إلا لأغراض التصفية، مما يمتنع معه القول بإمكان تغيير الشكل القانوني للشركة أو حلول شريك محل آخر في تلك الفترة، وإذا كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي الذي ايده وأحال الى أسبابه انه وان كان الممول (مورث المطعون ضدهم) قد توفي في ١٩٥٤/١٢/١٢ إلا أن فترة التصفية استمرت حتى نهاية السنة المالية، ومن ثم فالحكم المطعون فيه إذ انتهي الى ربط الضريبة على أرباح المنشأة في سنة مالية كاملة ابتداء من ١٩٥٤/٥/١ حتى ١٩٥٥/٤/٣٠ رغم وفاة الشريك المتضامن في ١٩٥٤/١٢/١٢ قد طبق القانون تطبيقا صحيحا

ولا يغير من هذا النظر ما تثيره الطاعنة من أن الشريك المتضامن يعتبر في حكم الممول الفرد في مقام ربط الضريبة، لان الثابت في مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أن إجراءات التصفية بدأت في يوم وفاة الشريك المتضامن وبسبب الوفاة، كما لا يغير منه وجود شرط في عقد الشركة يقضي بأنه في حالة وفاة الشريك المسئول تستمر أعمال الشركة على أساس صيرورة الشريكة الموصية شريكة متضامنة، إذ لا مجال لأعمال هذا الشرط بعد أن اتجه الشركاء الى أنهاء أعمال الشركة وشرعوا في تصفيتها" (نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن ٢ س٤٢ق) وبأنه "حل الشركة لا يمنع من احتفاظها بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم للتصفية. علة ذلك. انتهاء سلطة المديرين وانتقالها إلى المصفي الذي يقوم وحده بأعمال التصفية. م٥٣٣ مدني" (الطعنان رقما ٩٧٨٢ لسنة ٦٤ق، ٤٦٧٣ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٨) وبأنه "انقضاء الشركة ودخولها في دور التصفية. أثره. أنهاء سلطة المديرين مع استمرارها حتى تمام التصفية. مؤداه. عدم قيام المصفي بأي عمل جديد من أعمال الشركة" (الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٧) وبأنه "من المقرر انه ولئن كانت الشخصية المعنوية للشركة تظل لها خلال فترة التصفية وبقدراللازم لها، فيتعين أن توجه دعوى أحدهم بالمطالبة بأرباحه إلي من يمثلها-دون الشركاء القائمين بالإدارة بصفتهم الشخصية-او على المصفي خلال فترة التصفية" (الطعن رقم ١٣٧٢ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١٤).

تعيين المصفي بواسطة الشركاء :

قد ينص عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي على تعيين المصفي أو على كيفية تعيينه والأغلبية اللازمة للموافقة على شخص المصفي فيعمل بأحكام النص ما لم يكن المصفي شريكا وكان الخلاف مستحكما بين الشركاء بحيث يتعذر التعاون بينهم فيجوز للقضاء تعيين مصف أجنبي، فان خلا العقد من ذلك أو توفي من عين بالعقد مصفيا أو رفض أو وجد لديه مانع، تولى الشركاء تعيين المصفي بالأغلبية العددية (أنور طلبة ص٣٢٧).

فقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية الشركاء جميعا، ويقع ذلك عادة إذا كان عدد الشركاء قليلا، لاسيما إذا كان الجميع يتولون إدارة الشركة وفقا لأحكام المادة ٥٢٠ وقد كان التقنين المدني السابق (م٥٤٦/٤٤٩) يجعل إجراء التصفية في الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء، ما لم ينص في عقد تأسيس الشركة على غير ذلك، وقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية واحد أو أكثر يعينونهم بالذات، وتكفي الأغلبية العددية العادية، فلا يشترك الإجماع ولا أغلبية خاصة، ولا يشترط فيمن تعينه الأغلبية مصفيا أن يكون شريكا بل يصح أن يكون أجنبيا عن الشركة، وإذا عينت الأغلبية أكثر من مصف واحد، فقط تشترط أن تكون القرارات التي يتخذها المصفون المتعددون بالإجماع أو بالأغلبية فيجب التزام هذا الشرط، وقد تعين اختصاص كل مصف فينفرد كل بما اختص به، فإذا لم تشترط الأغلبية شيئا ولم تعين اختصاص كل مصف، جاز لكل من المصفين أن ينفرد بأي عمل من أعمال التصفية، على أن يكون لكل من المصفين الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفين رفض الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعا وهذه هي أحكام تعدد المديرين، قيست عليها أحكام تعدد المصفين (السنهوري ص٢٩١).

تعيين المصفي بواسطة القضاء :

إذا امتنع الشركاء عن تعيين مصفي أو انقسمت الآراء ولم يحصل أحد المرشحين على أغلبية ما، جاز كل شريك أن يطلب من القضاء تعيين مصفي للشركة، ولا يجوز لدائن الشركة أن يقدم طلبا بذلك، لان المصفي وكيل عن الشركة والشركاء ولا عن دائنيها، ولكن يجوز لدائن شخصي لأحد الشركاء أن يستعمل حق مدينه الشريك ويطلب الى القضاء تعيين مصف للشركة باسم هذا الشريك (السنهوري ص٢٩١، محمد كامل مرسي ص٦٦٣ وما بعدها).

تعيين المصفي إذا كانت الشركة باطلة :

إذا كانت الشركة باطلة وباشرت بعض أعمال فهي شركة واقع يلوم تصفيتها ولا يعتد بما جاء في عقد تأسيسها من ناحية تعيين المصفي أو كيفية تعيينه فان العقد الباطل لا يعمل بما جاء فيه ويتولى القضاء تعيين المصفي والطريقة التي تتم بها التصفية بناء على طلب أحد الشركاء أو من له مصلحة في ذلك، ولكن يجوز إجراء التصفية بالطريقة التي تضمنها العقد، باعتبارها قواعد عادلة لإجماع الشركاء عليها، وحينئذ تقيم المحكمة قضاءها على القواعد التي اطمانت إليها ووجدت فيها تحقيق مصلحة الشركاء، دون أن تستند في ذلك الى ما تضمنه عقد الشركة، ومتى قررت المحكمة بطلان عقد الشركة، اصبح واقعة مادية يجوز معه للمحكمة أن تقرر إجراء التصفية وفقا لما تضمنه العقد، وحينئذ لا تكون قد استندت لعقد كتصرف قانوني، وإنما كواقعة مادية تضمنت طريقة للتصفية اطمانت المحكمة إليها (أنور طلبة ص٢٢٨ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الحكم المطعون فيه قد عين مصفيا لتصفية الشركة موضوع النزاع وتطبيق القواعد التي نص عليها القانون في الشركة الباطلة عند التصفية ومن ثم يكون قد حدد للمصفي طريقة التصفية" (الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٤).

حتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون في حكم المصفين :

قد يستغرق تعيين المصفي وقتا طويلا والشركة تكون قد انحلت سلطة مديريها، فتبقى الشركة وقد دخلت دور التصفية دون مصف ودون مدير، فاحتاط المشرع وواجه هذه الحالة بنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ حيث تقول "وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة الى الغير في حكم المصفين"، فيجوز إذن لمديري الشركة، في الفترة ما بين حل الشركة وتعيين المصفي، أن يقوموا بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال، ومن ثم يصح للغير ممن تعامل مع الشركة أن يرفع دعوى على الشركة بعد حلها في مواجهة هؤلاء المديرين، ويعتبر المديرون ممثلين للشركة تمثيلا صحيحا في الدعوى المرفوعة، بل يجب على مديري الشركة، في هذه الفترة أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها، وان يباشروا الأعمال المستعجلة التي لا تحتمل تأخيرا.

الصفة في تمثيل الشركة في دور التصفية :

اعتبار المصفي صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها والذي يتعين عليه حصر دائني الشركة من الغير أو الشركاء لتحديد ما لهم من حقوق في ذمتها حلت قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية رفعت بها دعاوى وصدرت بشأنها أحكام أو لم ترفع ثم القيام بالوفاء بها لكل منهم" (نقض ٢٠٠١/٢/١٣ طعن ٤٥٣٩ س٦٣ق).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يترتب على حل الشركة ودخولها في دور التصفية أنهاء سلطة المديرين، وذلك كنص المادة ٥٣٣ من القانون المدني، فتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة، ويصبح المصفي الذي يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية وكذلك في جميع الدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها، فإذا كان الطعن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلا للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصفي، فانه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة، ولا يغير من ذلك أن يكون الطعن قد وقع بإذن المصفي طالما انه لم يرفع اسمه بصفته ممثلا للشركة" (نقض ١٩٦٠/١١/٢٤ س١١ ص٥٩١).

سلطــات المصفــي :

مهمة المصفي الأساسية هي تصفية أموال الشركة لا إدارتها لكنه يملك من الإدارة أعمالا محدودة هي الأعمال الضرورية أو المستعجلة، ولكن ليس للمصفي أن يبدأ عملا جديدا من أعمال الإدارة إلا أن يكون هذا العمل لازما لإتمام عمل سابق، فإذا كانت شركة أراض مثلا باعت أرضا قبل حلها، وبعد الحل طلب جاز أخذ هذه الأرض بالشفعة، فان المصفي باعتباره ممثلا للشركة البائعة يشترك في إجراءات الشفعة (السنهوري ص٢٩٧).

....وبناء على ما تقدم يمكننا حصر الأعمال التي تدخل في سلطة المصفي وهي :

(١) القيام بالأعمال التمهيدية للتصفية :

يجب على المصفي أن يبدأ باتخاذ الإجراءات اللازمة للتمهيد لأعمال التصفية فيجرد أموال الشركة ويحرر قائمة بالجرد، ويضع كشفا تفصيليا يبين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون، وذلك بعد أن يتسلم دفاتر الشركة واوراقها ومستنداتها، ويعاونه في كل ذلك الذين كانوا يقومون بإدارة الشركة قبل حلها (السنهوري ص٢٩٧).

(٢) استيفاء حقوق الشركة :

من مهام المصفي استيفاء حقوق الشركة من الغير، فيطالب المدينين بالوفاء ويرفع عليهم الدعاوى إذا اقتضى الأمر ذلك .

(٣) الوفاء بديون الشركة :

ويقوم المصفي بالوفاء بديون الشركة، فان لم يتقدم أحد الدائنين جاز إيداع دينه خزانة المحكمة على ذمته. أما الديون المؤجلة فلا تحل بالتصفية وعلى المصفي إيداع هذه الأموال لدى أمين حتى يحل الأجل أو يوفيها بعد استنزال ما يقابل الباقي من الأجل ما لم يكن هناك مصلحة للشركة في الوفاء ونزولها عن الأجل، وإذا قسمت أموال الشركة بين الشركاء كان لدائنيها حق تتبعها فيتقدمون فيها على الدائنين الشخصيين للشركاء. أما الديون المتنازع فيها فيودع لها المصفي ما يفي بها لدى أمين حتى ينحسم النزاع. فإذا لم تف أموال الشركة كان للمصفي تكليف الشركاء تقديم ما يلتزم به كل منهم الوفاء ديون الشركة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "يدل نص المادة ١/٥٣٦ من القانون المدني على أن المشرع قد اوجب على المصفي - قبل أن يقسم أموال الشركة على الشركاء - أن يقوم باستنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون المتنازع عليها ولم يفرق المشرع بين ما كان منها مطروحا على القضاء وبين ما لم يطرح بعد" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٠١٢ جلسة ١٩٧٨/٤/٧)

(٤) بيع أموال الشركة :

للمصفي أن يبيع أموال الشركة، منقولا كانت أو عقارا، بالمزاد أو بالممارسة، إذا كان هذا البيع ضروريا لأعمال التصفية، فيبيع منقولات الشركة وعقاراتها للوفاء بديونها إذا لم يكن في مال الشركة نقود كافية للوفاء بهذه الديون. كما له أن يبيع البضائع التي لا تزال مملوكة للشركة والأدوات. مفاد ذلك انه يجوز للمصفي أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها بالمزاد أو بالممارسة دون قيد، فإذا رأي أن يحول أموال الشركة نقودا حتى تتيسر له قسمتها على الشركاء فعل، وذلك ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الحكم إذا قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائيا في النزاع الجدي الذي قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء الموصين فان هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ١٩٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ السنة ٦ ص١١٦٣).

(٥) تمثيل الشركة أمام القضاء :

المصفي هو صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها، وتمثيله للشركة في فتة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية والدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها .

وقد قضت محكمة النقض بأن "اعتبار المصفي صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها والذي يتعين عليه حصر دائني الشركة من الغير أو الشركاء لتحديد ما لهم من حقوق في ذمتها حلت قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية رفعت فيها دعاوى وصدرت بشأنها أحكام أو لم ترفع ثم القيام بالوفاء بها لكل منهم" (الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣) وبأنه "ما لم يستأده الشريك في الشركة من عائد مقطوع - لا يتأثر بما حققته من أرباح أو خسائر - خلال الفترة السابقة على بطلأنها لا تجوز المطالبة به كأثر لذلك عند دخولها في دور التصفية بالتطبيق لأحكام المواد ٥٣٣ من القانون المدني وما بعدها - إلا في مواجهة المصفي وفي ضوء ما يثبت له من أن الشركة قد حققت أرباحا في تلك الفقرة وفي حدود نسبة حصته في رأس مالها وليس وفقا لطريقة توزيع الأرباح الواردة ذكرها في العقد الباطل وباعتباره دينا استحق له قبل قسمة أموال الشركة بدون الشركاء فيها بالتطبيق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من ذلك القانون" (الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/١٢/١٣) وبأنه "تمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية وبالدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها أما إذا تعلق الأمر بالشروع في تنفيذ الحكم القاضي بحل الشركة وتصفيتها وتعيين أحد الشركاء مصفيا لها فانه لا يعدو أن يكون حكما من الأحكام التي يراد تنفيذها هنالك، لا تختلط صفة المصفي مع صفة المحكوم له، لان الأمر لا يتعلق حينئذ بالمنازعة فيما قضى به الحكم من تعيينه مصفيا أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسبأنه مصفيا لشركة تحت التصفية وإنما يتعلق الأمر بجواز تنفيذ حكم وبصحة إجراءات هذا التنفيذ لذلك لا تكون صفته كمصف ملحوظة وإنما تبرز فقط صفته كطالب تنفيذ محكوم له وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصامه بصفته مصفيا فانه يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/٧).

والمصفي وان كان وكيلا عن الشركة فهو لا يعد وكيلا عن الدائنين، ومن ثم فلا حق له في النيابة عنهم، وإذا كان المصفي مأجورا فهو مسئولا مسئولية الوكيل المأجور فيما يختص بأعمال التصفية وتقديم الحساب والمحافظة على المال الذي قبضه بصفته مصفيا، ويسأل عن خطئه سواء كان يسيرا أو جسيما. أما إذا كان غير مأجور فلا يسأل قبل الشركاء وإلا عن خطئه اليسير.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المصفي يعتبر وكيلا عن الشركة لا عن دائنيها وهو وان كان لا يسأل قبل الشركاء عن خطئه اليسير متى كان يباشر أعمال التصفية بدون مقابل إلا انه يسأل بالنسبة للدائنين عن كل خطا يرتكبه سواء كان يسيرا أم جسيما طالما ألحق ضررا بهم" (الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٧).

حق الشركاء في الاطلاع على المستندات والاوراق الخاصة بأعمال التصفية :

فالمصفي باعتباره وكيلا عن الشركاء يجب أن يقدم لهم حسابا عن أعمال التصفية التي قام بها، وإذا طلب أحد الشركاء أثناء إجراء التصفية، أن يحصل على معلومات عن هذه الإجراءات، وجب على المصفي أن يوافيه بمعلومات كافية عن ذلك، وان يضع تحت تصرفه الدفاتر والاوراق والمستندات المختصة بأعمال التصفية (السنهوري ص٣٠٠).

انتهاء أعمال التصفية :

متى تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركة انتهت مهمة المصفي وزالت الشخصية المعنوية للشركة إلا إذا عهد الى المصفي بقسمة فائض التصفية فتكون له صفة جديدة .

وقد قضت محكمة النقض بأن "تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركات انتهت مهمة المصفي زالت الشخصية المعنوية للشركة نهائيا ويلتزم المصفي بان يضع بين أيدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكا مشاعا للشركاء تجرى قسمته بينهم، كما يجب عليه أن يطلب طبقا للاوضاع المقررة للقيد محو قيد الشركة من السجل التجاري خلال شهر من إقفال التصفية، فإذا لم يقدم طلب محو كان لمكتب السجل التجاري أن يمحو القيد من تلقاء نفسه، وذلك إعمالا لحكم المادة ١٣ من قانون السجل التجاري" (نقض ١٩٦٥/٦/١٠ س١٦ ص٧٥٢).

وقد ينص عقد تأسيس الشركة، وبخاصة إذا لم يكن في الشركة غير شريكين اثنين، انه إذا انحلت الشركة كان لأحدهما الحق أن يوفي الشريك الآخر مبلغا معينا أو قيمة نصيبه مقدرة حسب دفاتر الشركة، ويستأثر هو بمال الشرك (انظر م٩١٩ لبناني فقرة ٧١١ في الهامش، اوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص٦٢، بلانيول وربيير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٧١ مكررة)

أجـــر المصفي :

لم يعرض التقنين المدني المصري لأجر المصفي، فيجب تطبيق القواعد العامة، ولما كان المصفي وكيلا عن الشركاء وكان الأصل في الوكالة ألا تكون مأجورة إلا إذا اتفق على أجر للوكيل (م٧٠٩ مدني) فالظاهر انه لابد من النص على أجر للمصفي في قرار تعيينه الصادر من أغلبية الشركاء أو من القضاء، ويغلب أن يعين له أجر، وبخاصة إذا كان أجنبيا من غير الشركاء، ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بان " المصفي يعتبر وكيلا عن الشركة بأجر، وبأنه إذا حكمت المحكمة بحل شركة وبتعيين مصف وقدرت له أمانة يدفعها المدعى، ثم أحجم طرفا الدعوى عن دفع الأمانة، فان ذلك لا يحول دون أن تسير المحكمة في تنفيذ حكمها بإجراء التصفية وبتكليف المصفي مباشرة عمله في الحدود التي رسمها له الحكم على أن يتقاضى أجره من مال الشركة بالقدر المعين في الحكم أو بما يزيد عنه حسب قيامه بعمله وتقدير المحكمة له مستقبلا، ولا تقاس حالة المصفي على المادة ٢٢٧ مرافعات (تقابلها المادة ١٣٧ من قانون الإثبات) من انه إذا لم تودع أمانة الخبير من الخصم المكلف بإيداعها ولا من غيره من الخصوم، فلا يلزم الخبير بأداء مأموريته للخلاف الكبير بين عمل الخبير العادي والمصفي" (مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٣٠ ص١١١).

عــزل المصفي :

إذا عين مصف للشركة بواسطة أغلبية الشركاء أو بواسطة القضاء على الوجه المتقدم الذكر، وأتى المصفي بما يسوغ عزله، كان ارتكب غشا أو خطأ أو ظهر عجزه أو حجر عليه أو أفلس، فان الجهة التي عينته هي التي تملك عزله، فإذا كانت أغلبية الشركاء هي التي عينته، فان هذا الأغلبية نفسها تملك عزله، وإذا كان القضاء هو الذي عينه، فان القضاء أيضا يملك عزله بناء على طلب أحد الشركاء، ولكن يجوز دائما لأي من الشركاء أن يطلب الى القضاء عزل المصفي لأسباب تسوغ ذلك، حتى لو كان الذي عين المصفي هو أغلبية الشركاء (السنهوري ص٢٩٢).

فان كان شريكا معينا مصفيا بالعقد فلا يجوز عزله إلا بحكم ولسبب معقول، كما يجوز للمصفي اعتزال العمل على أن يخطر الشركاء وان يختار الوقت اللائق وإلا ألزم بالتعويض (أنور طلبة ص٣٢٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الدعوى بعزل المصفي لا تمس نظام التصفية ذاته وإنما تقوم على ما يوجه الى إدارته أو الى شخصه من تجريح في أداء المهمة المنوط بها فتجوز إقامتها أمام القضاء المستعجل ومتى توافر هذا الخطر تعين عليه القضاء بعزل المصفي وله في هذه الحالة أن يعين حارسا قضائيا لإدارة المال موضوع التصفية لحين تعيين مصفي آخر" (نقض ١٩٨٣/٦/٢٨ طعن ١٩٤٠ س٤٩ق) وبأنه "حل الشركة قضاء لسبب يرجع الى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته يجيز للشريك الآخر أن يطالب بالتعويض وفقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمحكمة أن تقضي له بما يستحقه من تعويض أن كان له مقتض قبل تصفية الشركة، لان الشريك المخطئ يتحمل التعويض المقضي به في أمواله الخاصة وليس في أموال الشركة، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض قبل تصفية الشركة لا مخالفة فيه للقانون" (الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

تقسيم أموال الشركة :

إذا تمت تصفية أموال الشركة على الوجه السابق بيانه، انتهت الشخصية المعنوية للشركة، فقد كانت هذه الشخصية قائمة مؤقتا في الحدود اللازمة للتصفية، فبانتهاء التصفية تنعدم هذه الشخصية نهائيا، ومن ثم فان المال الذي يتبقى، وهو صافي مال الشركة بعد وفاء ديونها، يصبح مملوكا في الشيوع للشركاء، كل منهم بقدر نصيبه، سواء في ذلك شمل هذا المال أعيانا معينة بالذات، أو لم يشمل إلا نقدا إذا باع المصفي منقولات الشركة وعقاراتها لتحويلها الى نقود. أما الطريقة التي يوزع بها هذا المال الشائع على الشركاء فتكون باختصاص كل واحد منهم بما يعادل قيمة حصته في رأس المال، فإذا بقى من مال الشركة شيء بعد ذلك، كان الباقي أرباحا، ووزعت هذه الأرباح بالنسبة المتفق عليها في توزيع الأرباح، أما إذا لم يف مال الشركة بحصص الشركاء، فما نقص عن هذه الحصص فهو خسائر، توزع بين الشركاء أيضا بالنسبة المتفقة عليها في توزيع الخسائر (السنهوري ص٣٠٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركة انتهت مهمة المصفي، وزالت الشخصية المعنوية للشركة نهائيا ويلتزم المصفي بان يضع بين أيدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكا مشاعا للشركاء تجرى قسمته بينهم، كما يجب عليه أن يطلب طبقا للاوضاع المقررة للقيد محو قيد الشركة من السجل التجاري خلال شهر من إقفال التصفية" (الطعن رقم ٤٧٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٠/٦/١٠ س١٦ ص٧٥٢).

اختصاص كل شريك بما يعادل قيمة حصته في رأس المال :

يخصص المصفي لكل شريك من صافي أموال الشركة مبلغا يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال، كما هي مبينة في العقد أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها في العقد، وقد تكون حصة الشريك عملا قدمه للشركة، فلا يختص الشريك في هذه الحالة بشئ، ذلك أن حصته في الواقع من الأمر هي استنفاد هذا العمل، فلا يبقى شيء يسترده، ولكن تقدر قيمة هذا العمل مع ذلك، لا لتخصيص هذه القيمة للشريك، ولكن لتقدير النسبة التي يساهم فيها الشريك في الأرباح وفي الخسائر إذا لم تكن هناك نسبة أخرى محددة لذلك على ما سيأتي، وقد تكون حصة الشريك حق المنفعة في شيء معين بالذات (droit d'usuftuit) أو مجرد حق شخصي في الانتفاع بشيء معين بالذات (droit personnel de jouissance) فلا يختص الشريك في هذه الحالة أيضا بشيء من حصته، لان الحصة هنا كما في العمل هي استنفاد منفعة الشيء أو الانتفاع به، فلا يبقى للشريك شيء يسترده، وتقدير قيمة المنفعة أو حق الانتفاع لمعرفة النسبة التي يساهم بها الشريك في الأرباح وفي الخسائر، كما رأينا عندما تكون الحصة عملا (السنهوري ص٣٠٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يترتب على التصفية مادامت لم تتم ولم يكن منصوص في عقد الشركة على توقيت المدة المتفق عليها لإتمام التصفية أن تقدير قيمة موجودات الشركة وما قد يطرأ عليها من نماء يكون مرهونا بوقت التصفية وليس بوقت حدوث السبب الموجب للحل أو التصفية وهو ما يتفق وطبيعة عمل المصفي الذي يدخل في سلطاته تحقيق الغرض المقصود من تعيينه وذلك باستمرار استغلال موجودات الشركة للحفاظ على قيمتها حتى البيع" (نقض ١٩٨١/١/٢٦ طعن ١٧١٠ س٤٩ق).

توزيع الأرباح على الشركاء :

إذا بقى من مال الشركة شيء بعد اختصاص كل واحد من الشركاء بما يعادل قيمة حصته في رأس المال كان الباقي أرباحا، ويوزع بين الشركاء بالنسبة المتفق عليها في توزيع الأرباح.

توزيع الخسائر على الشركاء :

أما إذا لم يبق الصافي من مال الشركة بحصص الشركاء فان ما نقص من هذه الحصص يعتبر خسائر، ويوزع على الشركاء بالنسبة التي توزع بها الخسائر، فان كان متفقا على نسبة معينة، التزمت هذه النسبة في توزيع ما نقص من صافي مال الشركة عن قيمة الحصص، وان لم يكن متفقا على نسبة معينة، كان التوزيع على كل شريك بنسبة حصته في رأس المال (السنهوري ص٣٠٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الثابت من مدونات الحكم الصادر في الاستئناف رقم ..... أن قضاءه لم ينصرف الى بطلان أعمال الخبير وإنما انصرف فحسب الى أن قضاء محكمة اول درجة بندب خبير لتحقيق استمرار شركة التضامن موضوع العقد المؤرخ ..... رغم انقضائها بوفاة المورث قد وقع مخالفا لنص المادة ٥٢٨ من القانون المدني - فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إذ اعتمد على ما جاء بذلك طعن التقرير بشان مقدار ربح المطعون ضدها من شركة الواقع التق قامت واستمرت بعد وفاة مورثها" (نقض ١٩٨١/١/١٢ طعن ٤٢٠ س٤٧ق) وبأنه "النص في المادة / من القانون المدني يدل على أن المشرع قد اوجب على المصفي - قبل أن يقسم أموال الشركة بين الشركاء - أن يقوم باستنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون المتنازع عليها ولم يفرق المشرع بين ما كان منها مطروحا على القضاء وبين ما لم يطرح بعد" (نقض ١٩٧٨/٤/١٧ طعن ٣١١ س٤٣ق)

وبأنه "المحكمة الموضوع الحق في تقدير أرباح الشركة ومدة هذه الأرباح تقديرا يستند الى ما قام لديها من أدلة وقرائن مبررة ولا يتعارض مع قيام الشركة لمدة أطول لان كلا الأمرين مختلفان عن بعضهما تمام الاختلاف إذ أن قيام الشركة لا يستتبع أن تمون قد حققت أرباحا باستمرار مدة قيامها" (نقض ١٩٥٧/١٢/٥ س٨ ص٨٧٨) وبأنه "وان كان الأصل في تصفية الشركات عند انقضائها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته في صافي أموالها أن أمكن إلا انه من الجائو للشركاء أن يتفقوا مقدما فيما ينهم على طريقة معينة تجرى التصفية على أساسها، وهذا الاتفاق ملزما لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام" (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ طعن ٣٦٣ س٢١ق) وبأنه إذا كان قد نص في عقد الشركة على انه عند انقضاء مدتها تنحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطى الشريك الآخر ما يخصه في موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التي تعمل بمعرفة الطرفين، فان تفسير الحكم المطعون فيه هذا الاتفاق بان المقصود منه هو إعطاء الشريك الآخر نصيبه في الموجودات حسب سعرها المتداول في السوق هو خروج عن المعنى الواضح لعبارة الاتفاق وتحميل لها فوق ما تحتمل، ذلك أن لفظ الميزانية إذا ذكر مطلقا من كل قيد ينصرف بداهة الى ميزانية الأصول والخصوم الجاري العمل بها في الشركات أثناء قيامها والتي تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية" (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ طعن ٣٦٣ س٢١ق) وبأنه "إذا كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن الشركة التي كانت قائمة بين مورثي طرفي الخصومة هي شركة تجارية عملها شراء القطن والذرة وبيعهما، ولا خلاف بين الخصوم على ذلك، فان هذه الشركة تكون من شركات الأشخاص التي وان كانت تنتهي بوفاة أحد الشريكين إلا أنها، لوجوب دخولها بعد الوفاة في دور التصفية، تعتبر قائمة حكما بالقدر اللازم للتصفية. فإذا أجازت المحكمة إثبات الدين الناشئ بين الشركاء عن تصفية هذه الشركة بالبينة والقرائن على اساس انه دين تجاري فأنها لا تكون قد أخطأت في ذلك"

اتباع القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع في قسمة الشركات :

متى تحدد نصيب كل شريك في الصافي من مال الشركة على النحو الذي تقدم بيانه، فتخصص لكل شريك قيمة حصته في رأس المال، يضاف إليها نصيبه في الأرباح أو ينقص منها نصيبه في الخسائر، فقد أصبح هذا الصافي من مال الشركة - وهو مملوك في الشيوع لجميع الشركاء - محددا فيه نصيب كل شريك شائعا، فإذا كان صافي مال الشركة نقدا، تيسر توزيعه على الشركاء كل بنسبة نصيبه، ولا محل في هذه الحالة لإجراء القسمة عينا، أما إذا كان هذا الصافي أعيانا معينة بالذات، منقولا كان أو عقارا أو اشتمل على أعيان معينة بالذات، بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء، وينقضي هذا الشيوع بالقسمة، شان كل مال شائع، وقد أحالت المادة ٥٣٧ مدني السالفة الذكر صراحة على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع، فلكل شريك أن يطالب بالقسمة، وعندئذ تسري الأحكام الواردة في المواد ٨٣٤ الى ٨٤٩ مدني، فإذا اختلف الشركاء على القسمة جاز رفع الأمر الى المحكمة لتجريها، ويكون الاختصاص للمحكمة التي قضت بحل الشركة وتصفية أموالها وقسمتها، وإذا كان بين الشركاء ناقص أهلية أو غائب وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصير نهائيا، والأصل أن تقع القسمة عينا فإذا تعذر ذلك جاز أن يضاف الى الحصة الناقصة (معدل القسمة) أي مبلغ من النقود يلتزم المتقاسمون الآخرون بأدائه، وإذا استحالت القسمة العينية جاز بيع المال بالمزاد، وقد يقتصر على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع، وللدائنين الشخصيين لكل شريك أن يعارضوا في القسمة قبل تمامها ويتعين إدخالهم في إجرائها وإلا كانت غير نافذة في حقهم، ويضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة، كما يكون لكل منهم امتياز المتقاسم، وللقسمة أثر رجعي فيعتبر كل شريك مالكا للحصة التي تؤول إليه منذ انحلال الشركة

وقد قضت محكمة النقض بأن "انه وان كان الأصل في تصفية الشركات عند انقضائها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته في صافي أموالها أن أمكن، إلا انه من الجائز للشركاء أن يتفقوا فيما بينهم على انه عند انقضاء مدة الشركة تنحل من تلقاء نفسها وتصبح اصولها وخصومها والتوقيع من حق الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطي الشريك الآخر ما يخصه في موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التي تعمل بمعرفة الطرفين، ولفظ الميزاينة إذا ذكر مطلقا من كل قيد ينصرف بداهة الى ميزانية الأصول والخصوم الجاري العمل بها في الشركات أثناء قيامها والتي تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية، لا بحسب سعرها المتداول في السوق" (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ س٥ ص٩٩١).

ومن أحكام النقض المتعلقة بتصفية أموال الشركة وقسمتها :

لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بانتهاء عقد الشركة وطرد الطاعن من العين التي تباشر فيها نشاطها مع إلزامه بتسليمها للمطعون ضدهم كأثر لانقضاء مدتها دون انتظار لما تسفر عنه إجراءات التصفية وفقا للأحكام الواردة بالمواد ٥٣٢ الى ٥٣٧ من التقنين المدني وما تنتهي إليه من تحديد لصافي أموال الشركة وقسمتها بين الشركاء نقدا أو عينا فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه

النص في المادة ٥٣٢ من القانون المدني على أن تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التي فصلتها المادة، والنص في المادة ٥٣٣ مدني على انه "تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهي هذه التصفية" يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على انه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فأنها تنقضي وتدخل في دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذي تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التي تصفي بها أموالها فانه يجب اتباعها وفي حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التي تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولي المصفي أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام باسم الشركة ولحسابها باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع ما لها منقولا أو عقارا – على نحو ما نصت عليه المادة ٥٣٥ مدني – وتنتهي التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد صافي الناتج منها وتقسيمه بين الشركاء نقدا أو عينا. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به للمطعون ضدهم بنصيبهم في القيمة المادية والمعنوية للشركة لمجرد أن قضى بحلها دون القيام بإجراءات التصفية وفقا للأحكام الواردة بالمواد من ٥٣٢ الى ٥٣٧ من التقنين المدني والتي تنتهي بتحديد صافي مال الشركة وقسمته بين الشركاء فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه

النص في المادة ٥٣٢ من القانون المدني على انه تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التي فصلتها المواد ٥٣٣ وما بعدها، والنص في المادة ٥٣٣ على أن تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهي هذه التصفية – يدل على انه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فأنها تنقضي وتدخل في دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذي تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التي تصفي بها أموالها فانه يجب إتباعها، وفي حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التي تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولى المصفي أعمال التصفية (نقض ١٩٨١/١/٢٦ طعن ١٧١٠ س٤٩ق).

الأصل في تصفية الشركات عند انقضائها، هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته في صافي أموالها أن أمكن (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ طعن ٣٦٣ س٢١ق).

النص في المادة ١/٥٣٦ من القانون المدني، يدل على أن المشرع قد اوجب على المصفي قبل أن يقسم أموال الشركة بين الشركاء، أن يقوم باستنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون المتنازع عليها (نقض ١٩٧٨/٤/١٧ طعن ٣١١ س٤٣ق).

تنص المادة ٥٣٢ من القانون المدني على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة في العقد على أن تتبع الأحكام الواردة في المادة ٥٣٣ وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص، فإذا كان عقد الشركة قد خول المصفي الذي تعينه الجمعية العمومية جميع السلطات لتصفية الأموال المنقولة أو العقارية المملوكة للشركة إما بطريق البيوع الودية أو بالمزاد ولم يرد بخ نص خاص يوجب تصفية المحل التجاري عن طريق بيعه مجزءا وكان الحكم المطعون فيه قد انتهي الى ما يتفق وهذا النظر فانه لا يكون قد خالف مدلول الثابت بعقد الشركة (نقض ١٩٦٢/٦/٧ طعن ٣٨٧ س٢٦ق).

متى كان يبين مما جاء في الحكم أن المحكمة قد أقامت قضائها بالحراسة على أموال الشركة استنادا الى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه، وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت واصبح لا وجود لها مردودا بان شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهي هذه التصفية، ولما كانت مأمورية الحارس هي تسلم وجرد أموال الشركة بحضور طرفي الخصومة للمحافظة على حقوق الطرفين المنازعين بإثبات ما تكشف عنه اوراق الشركة وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق أو ديون أو ما يصل الى علم الحارس من أي طريق كان لمعرفة الحقوق المالية التي تصلح عنصرا للتصفية وليس من شانه الإضرار بأي من الطرفين إذ انه لا يقتضي البحث في سند حق كل منهما فان الحكم لا يكون مخالفا للقانون (نقض ١٩٥٢/١٠/٣٠ س٤ ص٦٣).

لما كان تمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية وبالدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها، أما إذا تعلق الأمر بالشروع في تنفيذ الحكم القاضي بحل الشركة وتصفيتها وتعيين أحد الشركاء مصفيا لها، فانه لا يعدو أن يكون حكما من الأحكام التي يراد تنفيذها هنالك لا تختلط صفة المصفي مع صفة المحكوم له، لان الأمر لا يتعلق حينئذ بالمنازعة فيما قضى به الحكم من تعيينه مصفيا أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسبأنه مصفيا لشركة تحت التصفية، وإنما يتعلق الأمر بجواز تنفيذ حكم وبصحة إجراءات هذا التنفيذ، لذلك لا تكون صفته كمصف ملحوظة وإنما تبرز فقط صفته كطالب تنفيذ محكوم له، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصامه بصفته مصفيا، فانه يكون قد التزم صحيح القانون

مؤدى نص المادة ٥٢٣ من القانون المدني انه إذا انقضت الشركة بتحقيق أي سبب من أسباب انقضائها - ومنها ما نصت عليه المادة ٥٢٧ مدني من هلاك أموالها - فأنها تدخل في دور التصفية حيث تنتهي سلطة المديرين فيها ويتولى المصفي أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام - باسم الشركة ولحسابها - باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع ما لها منقولا أو عقارا على نحو ما نصت عليه المادة ٥٣٥ مدني - وهو ما يستوجب بقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها تسهيلا لعملية التصفية وحفظا لحقوق الغير حتى يمكن للمصفي القيام بهذه الأعمال مما يقتضي بدوره قيام العقود والعلاقات المستمرة المتعلقة بإدارة الشركة واللازم لاستمرار عملية التصفية - ومنها عقود الإيجار الصادرة للشركة - وذلك لحين الانتهاء من التصفية بتمام كافة أعمال وتحديد صافي الناتج منها وتقديم المصفي تقريره بذلك واعتماده من الشركاء ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية الشركة تبقى بعد حلها بالقدر الرزم للتصفية والى أن تنتهي، وان المصفي يصبح صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تسلتزمها هذه التصفية (نقض ١٩٧٩/٣/٣١ طعن ٤١ س٤٥ق).

شخصية الشركة تبقى بعد حلها ودخولها في دور التصفية لحين انتهاء الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية ومن بينها بيع أموال الشركة منقولا كانت أو عقارا، مما مؤداه أن يكون للمصفي المعين لتصفية البنك التجاري - بسبب هلاك رأس ماله بالخسارة - الحق في بيع موجودات البنك وأمواله ومنها حق إيجار عين النزاع تحقيقا لأغراض التصفية (نقض ١٩٧٩/٣/٣١ طعن ٤١ س٤٥ق).

تنص المادة ٥٣٢ من القانون المدني على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة في العقد على أن تتبع الأحكام الواردة في المادة ٥٣٣ وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص. فإذا كان عقد الشركة قد خول المصفي الذي تعينه الجمعية العمومية جميع السلطات لتصفية الأموال المنقولة أو العقارية المملوكة للشركة إما بطريقة البيوع الودية أو بالمزاد ولم يرد به نص خاص يوجب تصفية المحل التجاري عن طريق بيعه مجزءا، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهي الى ما يتفق وهذا النظر فانه لا يكون قد خالف مدلول الثابت بعقد الشركة (نقض ١٩٦٢/٦/٧ طعن ٣٨٧ س٢٦ق).

طريقة شهر الشركات وقيدها :

يتم توثيق عقود شركات التضامن أو التوصية البسيطة بواسطة الموثق المختص، على انه إذا زاد راس مالها عن خمسة آلاف جنيه يشترط توقيع محامي مقيد أمام المحاكم الابتدائية على الأقل وتصديق النقابة الفرعية المختصة على توقيعه ويوثق أو يصدق عليه بمكاتب التوثيق بعد سداد رسمه .

بعد ذلك يتم الاتجاه الى مأمورية الضرائب لاستخراج البطاقة الضريبية وذلك بتقديم طلب باستخراجها مصحوب بصورة من عقد الشركة وصورة من توكيل المحامي وصورة من مؤهله وصورة بطاقته كذلك عقد إيجار ومقايسة كهرباء وشهادة الخدمة العسكرية بالإضافة الى مناقشة مأمور الضرائب لطالب البطاقة وبعد استخراج البطاقة الضريبية يتم الاتجاه الى الغرفة التجارية، ويقدم إليها طلب مصحوب بصورة البطاقة الضريبية وصورة بطاقة الشريك المتضامن وصورة من عقد تأسيس الشركة وصورة عقد إيجار وإيصال مياه ونور وصحيفة الحالة الجنائية وشهادة عدم إفلاس من القلم التجاري بالمحكمة وصورة من توكيل المحامي وطلب ترخيص مزاولة النشاط وكذلك رخصة صناعية أو صحية حسب الأحوال ويراعى سداد الرسوم المقررة .

هذه هي خطوات شهر وقيد عقود الشركات وبمجرد انتهائها تبدأ الشركة في مزالة نشاطها ويثبت لها الشخصية الاعتبارية.

ما حكم نقل الشركة من مكان لآخر :

يجوز نقل الشركة أو أحد فروعها من مكأنها الى مكان آخر على أن يتم إبلاغ الضرائب العامة بذلك وتقيد ذلك بالسجل التجاري .

مدى توثيق ورقة ضد الخاصة بالشركة :

يلجأ الشركاء أحياناً لكتابة ورق مال صوري في عقد الشركة وذلك تهرباً من الضرائب مثلاً على أن يقوم الطرفين بكتابة ما يسمى بورق الضد يثبت فيه رأس مال الشركة الحقيقي وفي هذه الحالة إذا طلب صاحب الصفة والمصلحة توثيق هذه الورقة فيجب على الموثق ألا يقوم بتوثيقها لان هذا مخالف للقانون وتعليمات الشهر العقاري .

أحكــام النقــض :

إذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء في ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، وكان المطعون عليهما الأول والثاني لا يملكان في مال مورث الطاعنين - الثلاثة أفدنه التي اشتراها من المطعون عليه الأخير- شيئا فان اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة في القانون لعقد القسمة" (طعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠).

أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الإرثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد اخطأ في القانون بما يستوجب نقضه" (طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١).

متى كان المستأجر قد أستأجر نصيبا مفرزا في الأرض بما عليه من المباني فلا صفه له في التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت على الأرض دون البناء" (طعن رقم ٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١/٣)

ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر في سند ملكيته وعما إذا كان له الحق في القسمة التي أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون" (طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣).

النص في المادة ٩٠٨ من القانون المدني على أن " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه في التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب، ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التي جريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته وتكون في صورة وصية"(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التي أحاطت به طالما كان من استخلصته لا يخرج عن المعنى الذي تحتمله تلك العبارات، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدني يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فان زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه انه أيد الحكم الابتدائي الذي أعتمد تقرير الخبير والذي انتهي إلى زيادة نصيب الطاعنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٧/٧/٤ عن حقهن الشرعي في الميراث واعتبر الزيادة وصية لا تنعقد في حقها إلا في حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فان هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعي على الحكم المطعون فهي بهذا السبب على غير أساس" (طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣).

الأصل في انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة، وعلى ما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدني، مالكا للحصة التي آلت إليه من وقت أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال الشائع على حالة شائعا بين الورثة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجهل ملكية المال الشائع والذي لم تشمله القسمة قاصرة على من حصل من المتقاسمين على نصيب يقل عن نصيبه الميراثى دون أن يفصح عن سبب ذلك مع أن حصول أحد المتقاسمين على أقل من نصيبه الشرعي لا يقتضى بطريق اللزوم اعتباره مالكاً لما ما لم تشمله القسمة من أعيان التركة، فانه يكون معيبا بالقصور" (طعن ٢٨٢ س ٢٠ق نقض ١٩٧٥/٣/٣٠).

النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن للشركاء ذا العقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها مؤداها أن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها أنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بغض الشركاء – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء وهو أن كان لا يصح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا انه يعتبر ملوما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد نهم التحلل من التزاماته بحجة أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه"

المقرر أن عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع الذي لم يوقع عليه لا يتعلق بالنظام العام وإنما يكون التمسك بعدم نفاذه للشريك الذي لم يوقعه أو لخلفه" (طعن ٧٣١ س ٥٣ق نقض ١٩٨٧/٦/٢٥)

عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء- وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقراره هذا العقد يظل قائما ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، إذ عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، فلا ينقضي بوفاة الشريك – فالحكم الذي يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته، مستنداً في ذلك إلى أن أحد موقعي العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وان يعتبر العقد غير ملزم له الوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولان ورثته لا يستطيعون قبول لعقد بعد وفاته- هذا الحكم يكون مخالفا للقانون"

عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشرك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء" (طعن ٧٨ س ٢٢ق نقض ١٩٥٥/٥/١٩)

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ..." مؤداه أن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها أنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعضهم- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتبر باطلا وهو وان كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا انه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده" .. (طعن رقم ٢٤٦١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٩).

القسمة الفعلية لا تتحقق إلا إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته وينهج نهجة سائر الشركاء بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه" (طعن ٨٨١ س ٤٥ق نقض ١٩٨١/٣/١٨)

القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجة سائر الشركاء ويستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه، وهذا كان الثابت ن الحكم المطعون فيه أن التصرفات التي تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا في الأعيان التي كانت موقوفة وإنما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء" (طعن ٢٩٣ س ٣٦ق نقض ١٩٧١/١/٢٦، طعن ٤٨٢ س ٥٣ق نقض ١٩٨٦/٦/١٢)

القسمة الفعلية- وعلى ما جرى به فضاء محكمة النقض- تتحقق في صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدني مالكا وحده للحصة المفرزة التي آلت إليه من وقت أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصص" (طعن ١١ س٤٠ق نقض ١٩٧٥/٢/٢٥)

القسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء من المال يعادل حصته، وينهج سائر الشركاء، بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق أن تصرف فيه" (طعن ٢٤٩٨ س ٥٧ق نقض ١٩٩١/٧/١٧)

إذا طلب أحد الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى أن بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدد من الأطيان المتخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في انصبتهم محددة كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددا وأصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا في هذه الأطيان ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه أجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وان هذا التصرف وقع صحيحا لانه كان في حدود القدر الذي يملكه بالميراث ولذلك قضت برفض الدعوى، فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه، لان تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على ثبوله، بل لقد كان لهم حق الاعتراض قانونا، وماداموا هم قد تابعوه وتصرفوا في انصبتهم على التحديد كما فعل هو فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء" (نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ ج ٢ في ٢٥ سنة ص٨٨٦)

إذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة في اوقات مختلفة، ومما ذكره بعضهم في عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من انه يملك القدر المبيع بمضي المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم، وان كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية، ثم رتب على القسمة التي قال بها، ولو ا،ها لم تكن بعقد مسجل، نتائجها القانونية في حق الغير، فلم يعول علي ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضت شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة، فانه لا يكون قد خالف القانون ى شئ"

إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعي عليه انه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابي على القسمة" (طعن رقم ٤٢ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٤/٤)

حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التي أثبتها خبير الدعوى- استحداث مبان بالمنزل- غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ووجدت في تقرير الخبير واوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر فان النعي على الحكم بالقصور في التسبيب استنادا إلى انه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولانه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعي يكون في غير محله" (طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١).

لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال، وإذن فمتى كان الطاعن في مقام الإستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تملك بان المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس، وكان الثابت من هذا المحضر انه وان كان المنزل الذي عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه في العقار المشفوع به إلا انه لا يوجد في الاوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر انه لا يمكن من الإطلاع على محضر الانتقال معرة ما إذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع استنادا إلى انه مسخ الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير اليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل" (طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق جلسة١٩٥١/٥/٣١)

على انه إذا كان مرمى دفاع الطاعن الذي أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فان الحكم المطعون فيه قد نفي أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله "وينقض هذا الدفاع أن أخ المستانف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستانف (الطاعن) في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدني كلى المنصورة يطلب فيها نقس طلبات المستانف عليهم (المطعون ضدهم) في الدعوى الحالية وفضى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل في اول مارس سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذي يدل على أن إخوة المستانف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم " وهذا الذي قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت في اوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها بعدم حصزل أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع" (طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠).

النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على انه "للشركاء، إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقض الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون

وفي المادة ٤٠ منه على أن "على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ....". يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالمسبة للولي في مجال القسمة، على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (نقض ١٩٨٥/١١/٦ طعن ٧٠٢ س٥١ق)

الملاحظ أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان يبين بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية، وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد أن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عليه أن كان محجورا عليه بالتنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات" (نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س١٥ ص١٢٩)

ان البطلان المترتب على عدم إتباع الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (نقض ١٩٦٩/١١/٦ طعن ٣٧٤ س٣٥ق)

وقد حظرت المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢- في شان الولاية على المال- على الوصي إجراء القسمة بغير الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية فإذا لم يصدر هذا الإذن امتنع الاحتجاج بعقد القسمة على القصر، ولما كان الأمر يتعلق بمصلحة هؤلاء القصر وحمايتهم فان قول الحكم بأنه ليس للوصي أن يستفيد من تقصيره في تنفيذ تعهده بالحصول على هذا الإذن لا يصادف مجلا ولا يصلح ردا على دفاع الطاعنين بعدم جواز الاحتجاج بعقد القسمة على القصر منهم" (نقض ١٩٦٦/٥/١٢ طعن ٣٠٤ س٣٢ق)

عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد" (نقض ١٩٦٢/٥/٣ طعن ٤٤٩ ص٢٦ق).

الصبي المميز ليست له أهلية التصرف في أمواله. مؤداه. عدم جواز التصالح على حقوقه إلا بواسطة الأب. شرطه. استئذان المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبأنه "يدل نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، على أن الصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق، إلا انه يجوز لوليه إذا كان هو الأب- أن يصالح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة، إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه" (نقض مدني ١٩٩٠/٢/٧ مجموعة محكمة النقض ٤١-٤٦٥-٨١)

للولي الأب أن يصالح على حقوق القاصر. وجوب حصوله على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه. له دون إذن قبض المستحق للقاصر" (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبأنه "النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على انه "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الاوراق المالية، إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن، إلا إذا كان التصرف من شانه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة. يدل على انه يجوز للولي الطبيعي- إذا كان هو الأب- أن يصالح على حقوق القاصر، لكن يجب الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو اوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه، وان له دون إذن قبض المستحق للقاصر" (نقض مدني ١٩٦٦/٣/١٢ مجموعة محكمة النقض ٤٧-١-٤٦٠-٨٩)

النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني، على انه "للشركاء- إذا انعقد إجماعهم - أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، وفي المادة الرابعة على أن "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها والتصرف فيها، مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون"، وفي المادة ٤٠ منه على أن " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ....". يدل - مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة - على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر، دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية، أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (نقض مدني ١٩٨٥/١١/٦ مجموعة محكمة النقض ٣٦-٢-٩٧٠-٢٠١).

إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس في الأصل أن يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه س الرشد أن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه أن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات" (طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإدارة له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته- ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب- لما كان ذلك .... الخ" (طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ق جلسة١٩٨١/٢/٢١)

البطلان المترتب على عدم ابتاع الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/٦)

متى كان التصرفات المالية الدائة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر- كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني فان للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثة بوصفه خلفا عاماً له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه، وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فغنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته" (طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧).

الأثر الرجعى لبطلان البيع أو إبطاله أو فسخه. مؤداه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع إلى البائع شرطه ألا تكون ملكية المبيع قد 'لت إلى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية" (طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

بطلان العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا. مؤداه. محو البطلان لكل آثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمني بين عاقديه" (طعن رقم ١٤٨٢ لسنة٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨- غير منشور)

أساس الحكم بالتعويض المعادل- في حالة إبطال العقد أو إبطاله مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبله- إنما هو المسئولية التقصيرية" (طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤).

نيابة الولي عن القاصر نيابة قانونية، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فانه يفقد صفته النيابية ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليها بسببها" (طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ ك من القانون المدني على أن ناقص الأهلة لا يلزم - إذا أبطل العقد أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، مما يعنى أن يرد في هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها انه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي اثري به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو انفقه في غير مصلحته"(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥).

الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبي باستمرار الوصاية عليه، فان النعي على الحكم الخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح" (طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٥/٢/١)

الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبي من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره في مرض الموت، وان لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل في صحة العقد المطعون فيه إلا انه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى صحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه"(طعن رقم ٧ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

الإجازة التي تصح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وان يكون قاصداً إجازته وإذن فمتى كان الثابت من الاوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفي بالقول بان مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استناداً إلى هذه الواقعة غير منتج، ذلك أن المطعن عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبي كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بان العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعن على العقد، فان الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا " (طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فان عقد البيع يبق قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد" (طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤).

إجازة العقد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت - في حدود سلطتها الموضوعية - استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها - إجازة الطاعن لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالي لا تعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض" (طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

المادة ٨٤٥ من القانون المدني قد جعلت من الغبن الذي يزيد على لخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون لب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التي لحقه منها عبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة وتصرف الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذي لحقه وظروفه ك يمكن أن يعتبر أجازه ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده، وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع" (نقض ١٩٦٨/١٢/٥ طعن ٣٥٩ س٣٤ق).

إذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحا - وبما لا خلاف عليه بين طرفي الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيها وسبعمائة وثلاثين مليما - وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات - اعتبارا بان دعوى الشفة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى بقية العقار وهو من الأراضي التي يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها - ما يجعل الدعوى تدخل في الاختصاص القيمة للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فان الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استئنافيه"- والبين من أسباب الحكم انه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها ٥٨٩ جنيها" (الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٥٧ق - الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧).

عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء - وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقراره هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، إذ عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، فلا يقتضى بوفاة الشريك - فالحكم الذي يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته، مستنداً في ذلك إلى أن أحد موقعي العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وان يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته- هذا الحكم يكون مخالفاً للقانون" (نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ طعن ١٠٦ س ١٨ق).

النص في المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية في المواد المدنية المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ على انه " يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتي : أولا : على المبالغ التي يطلب الحكم بها. ثانيا : على قيم العقارات أو المنقولات المتنازع فيها وفقا للأسس الآتية : أ- ج- بالنسبة للأراضي الزراعية لم تفرض عليها ضريبة والأراضي المعدة للبناء والمباني المستحدثة التي لم تحدد قيمتها الإيجارية بعد والمنقولات بقدر الرسم مبدئيا على القيمة التي يوضحها الطالب، وبعد تحرى قم الكتاب عن القيمة الحقيقية يحصل الرسم عن الزيادة .." مفاده أن تقدير قيمة الأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المجني المعول عليها في حساب الرسوم النسبية يكون بحسب قيمتها الحقيقية التي أجاز المشرع لقلم الكتاب التحري عنها، لما كان ذلك، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن رسم الدعوى التي ترفع بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد القسمة يحب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لان الحكم في الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشركاء في هذا العقد بأكمله، لان الحكم المطعون فيه إذ عول في حساب الرسوم النسبية محل النزاع على تقرير الخبير المنتدب في الدعوى الذي اعتد في حساب الرسوم النسبية عن عقد القسمة المقضي بصحته ونفاذه بقيمة النصيب الذي اختص به البائعون للمطعون ضدهما دون القدر المبين بالعقد جميعه واحتسب قيمة الأرض محل العقود المقضي بصحتها ونفاذها بقيمة الضريبة الأصلية المفروضة عليها مضروبة في سبعين، والتفت بذلك عن بحث ما أثاره الطاعنان من أن تلك الأرض تقع في ضواحي المدن وتقدر قيمتها في نطاق حساب الرسوم القضائية بقيمتها الحقيقية وهو دفاع جوهري من شان بحثه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فان الحكم يكون فضلا عن قصوره قد أخطأ في تطبيق القانون" (نقض ١٩٩١/٥/١٦ طعن ١٣٤٩ س ٥٨ق)

رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة، وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه، علة ذلك لقلم الكتاب التحري عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء. مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤" (طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤- غير منشور)

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء في عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤداه أن فرو وتجنيب حصته التي تم التراضي على فرزها بذلك العقد ينبني عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أي أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وان الحكم الذي صدر قد حسم النزاع بين الشركاء في شان المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشان الرسوم القضائية في المواد المدنية" (طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ق جلسة١٩٩٠/٢/٨)

القاعدة الواردة بالمادة ١/٨٤٦ من التقنين المدني القائم، والتي تقضى بأنه إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية، ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه - قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر- انه لا يرغب في التجديد، هي قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى، فلا يجوز أعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم" (نقض مدني ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة محكمة النقض ٢١-٨٦٢-١٣٨).

وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية التي تدون خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة، فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها" (نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-١٠٨٤-١٩٧)

يشترط- وفقا للمادة ٨٤٦-٢ من القانون المدني- حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، أن تدون حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وان لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك، وإذا كان الثابت في الدعوى أن القسمة - قسمة نظر - لم تنقلب إلى قسمة نهائية، لعدم مضى مدة خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، فان مقتضى ذلك اعتبار البائعين إلى الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع في الأعيان، التي كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قيمة النظر " (نقض ١٩٧١/١/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-١٣٢-٣٢)

تمسك الطاعن في دفاعه أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة مهايأة بينه وبين المطعون ضده، لورثة النزاع والشقة المختلفين عن مورثهما اتفقا بموجبها على أن يختص الأخير بالشقة، وان القسمة انقلبت إلى نهائية بمضي خمس عشرة طبقا للمادة ٢/٨٤٦ مدني طالبا تمكينه من إثبات، دفاع جوهري. التفات الحكم المطعون فيه عنه أخذا بإقرار الطاعن أمام الخبير بان للمطعون ضده حصة ميراثيه في الورثة، فساد في الاستدلال وإخلال بحق الدفاع" (نقض مدني ٢٠٠٠/١١/٢١ طعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ق).

قسمة المهايأة المكانية لا تتحول إلى قسمة نهائية وفقاً للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك" (جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٨٨١ سنة ٤٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ س٨٧١، جلسة ١٩٨٣/١/٥ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٥/٥/٦ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٢ق)

مفاد المادة ٨٤٦من التقنين المدني أن حيازة الشريك على الشيوع بالاتفاق مع باقي الشركاء لجزء مفرز يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تتقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك" (جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ الطعن رقم ١٠٥٨ لسنة ٥٤ق)

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني على انه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وانه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة إنما تستند إلى قسمة مهايأة ويكفي في خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل على حيازة الجزء المفرز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة والتي إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك إعمالاً للشق الأول من النص سالف الذكر" (جلسة ١٩٨٥/٥/١٢ الطعن رقم ٢٢٦٦ لسنة ٥١ق).

يشترط وفقاً للمادة ٨٤٦ من التقنين المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة وألا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً على خلاف ما تقدم" (نقض ١٩٨٥/٦/٦ طعن ١٤ س٥٢ق)

وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الواردة في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها" (طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدني هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار، وإذا تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فان مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدني في الإيجار بان يرد العين المشتركة لشركائه بها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر" (طعن رقم ٦٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١).

النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي اختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي اختص به إيجارا نافذا في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي استأجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فانه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير "(طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٦).

بيع الشريك في العقار الشائع قدرا مفرزا قبل إجراء القسمة بين الشركاء، لا يجعل المشتري- للتطبيق في للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني-شريكا في العقار الشائع، ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، ولا يلزم تمثيل في القسمة، حتى لو سجل عقد قبل القسمة" (نقض ١٩٨٤/١١/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٣٥-٢-١٨٩٤-٣٦١)

من المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-انه إذا كان البيع منصبا علي جزء مفرز من العقار الشائع، وكان سابقا علي إجراء القسمة بين الشركاء، فان المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني-حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة-شريكا للعقار الشائع، ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة. ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء، فأنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها. ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين، من أنهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ويتحدد لهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه. فإذا وقعت قدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي البائع بتاريخ القسمة" (نقض ١٩٨١/١/٢٠ مجموعة محكمة النقض ٣٢-١-٢٣٥-٤٨).

القضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوقه، إذ فغير سديد القول بان دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص٨٨٣)

الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً لمشترى منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة بل انتهاء إجراءات القسمة" (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص٦٣)

وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم" (جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ق س٣٤ ص١٠٥١)

النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدني على انه "إذا أختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية" والنص في المادة ٨٣٨ من هذا القانون على أن "تفصل المحكمة الجزئية ف المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا كانت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية وان يتعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات " يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادي، وان الاختصاص بالفصل فيما يرفع من طعون بالاستئناف عن الأحكام الصادرة ابتدائية من محاكم المواد الجزئية في دعاوى القسمة ينعقد للمحكمة الابتدائية بهيئة إستئنافية أيا كانت قيمة الدعوى" (جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٧٢ق)

المشترى لحصة شائعة في عقار بعقد مسجل هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى لهذا العقار، فالقسمة التي تجرى مع الشريك البائع لنصيبه في هذه الحالة لا يحتج بها على المشترى الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة " (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٧٩ س ٤١ق)

مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري، انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم إلا انه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة، والغير في حكم المادة المذكورة، هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكا على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل سند القسمة، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها" (نقض ١٩٨١/٤/٢٨ طعن ١١٥٧ س ٤٧ق)

للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض هذه العقارات، ،إذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا، ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة ذي الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشتركة، ذلك لان البيع يعتبر نافذا في القدر الذي يملكه البائع - والمشترى دون البائع - هو الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة" (نقض ١٩٥٥/١٠/٢٠ س ٦ ص ١٣٧٥، ونقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ س ٢٦ ١٦٧٨).

وقد أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكاً للعقار ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك - عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكاً للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه"

البطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء في دعوى القسمة أو عدم مراعاة الإجراءات الواجب تباعها بالنسبة للشركاء القصر هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به" (نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ طعن ١٩٤ س ٣٠ق).

مفاد المواد ٦٣، ٦٥، ٦٧، ٢٣٠ من قانون المرافعات يدل علي أن صحيفة الدعوى تعتبر مودعة بتقديمها إلي قلم كتاب المحكمة مع صورها وأداء الرسم كاملا، وبهذا يعتبر الاستئناف مرفوعا. إذ بأداء الرسم-بعد تقديره-يكون المستأنف قد تخلي تماما عن الصحيفة وصارت في حوزة قلم الكتاب وتحت سيطرته، وعليه أن يستكمل في شأنها ما ألزمته به المادة ٦٧ مرافعات من قيدها في السجل الخاص وتسليمها إلي قلم المحضرين لإعلأنها، وهو ما يدل علي الفصل بين عملتي إيداع الصحيفة وقيدها، يؤيد ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا علي المادة ٦٧ من انه ولما كان المشروع قد اعتبر الدعوى مرفوعة من يوم تقديم صحيفتها إلي قمل الكتاب، فانه لم يعد هناك محل لنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون القائم-الملغي-التي تجعل تقديم الصحيفة إلي قلم المحضرين قاطعا لمدة التقادم والسقوط..

ومن ثم فان الاستئناف يعتبر مرفوعا بمجرد تقديم صحيفته علي النحو المتقدم إلي قلم الكتاب ولو تراخي قيدها إلي اليوم التالي. لما كان ذلك، وكان يبين من الإطلاع علي الصورة طبق الأصل-الرسمية-من صحيفة الاستئناف المودعة ملف الطعن أن قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة قدر الرسم وقبضه بكامله وأثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظر الاستئناف علي صحيفته وتتابع كل ذلك في تاريخ واحد هو السادس من ديسمبر سنة ١٩٧٥ أي في اليوم الأربعين من تاريخ صدور الحكم المستأنف حضوريا وهو غاية ميعاد الاستئناف، فان الصحيفة تكون قد أودعت ويكون الاستئناف مرفوعا في الميعاد المنصوص عليه في المادة ١/٢٢٧ مرافعات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بسقوط الحق في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، إذ لم يقيد في السجل إلا في اليوم التالي لانقضاء الميعاد يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (١٩٨٢/٣/٣١ طعن ٢١١ سنة ٤٧ ق -م نقض م-٣٣-٣٦٠).

علي المحكمة-طبقا للمادة الثالثة عشر من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية-أن تستبعد القضية من جدول الجلسة إذا لم تسدد الرسوم المستحقة عليها بعد قيدها" (نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ مجموعة محكمة النقض ٢١-٢-٩٣٣-١٤٩)

عدم أداء الرسم المستحق علي الدعاوى-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-لا يترتب عليه البطلان، لما هو مقرر من أن المخالفة المالية في القيام بعمل لا ينبني عليها بطلان هذا العمل، ما لم ينص القانون علي البطلان عن هذه المخالفة. وإذ تقضي المادة ٢/١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤، المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤، بشان الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، بان تستبعد المحكمة القضية من جدول المحكمة، إذا تبين لها عدم أداء الرسم، ودون أن يرد بالنص البطلان جزءا عدم أداء الرسم. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلي أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شان قلم الكتاب لا يكون معيبا بالبطلان" (نقض مدني ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة محكمة النقض ٢٤-١-١٤٤-٢٧)

مفاد نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشان الرسوم القضائية في المواد المدنية، معدلة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٦-وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض-أن استحقاق نصف الرسوم علي الدعوى عند انتهائها صلحا، مشروط بألا يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح حكم قطعي فيها، في مسألة فرعية أو حكم تمهيدي في الموضوع" (نقض ١٩٧١/٣/٩ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-٢٦٢-٤٢، نقض ١٩٦٧/٣/٧ مجموعة محكمة النقض ١٨-٢-٥٧١-٨٩).

لما كان مؤدي نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقي الملكية علي ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلي وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية، دون أي حق فيها، وانه ليس ثمة ما يمنع من صدور عقدي بيع عن عقار واحد، علي أن تكون المفاضلة بين المتنازعين علي الملكية مؤسسة علي أسبقية التسجيل. ما كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه، أن عقود شراء الطاعنة، والمطعون ضدهم الأربعة الأول لذات العقار غير مسجلة، فانه لا تفضيل لأي منهما علي الآخر، إذ أن الملكية مازالت علي ذمة المتصرف. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضي بصحة ونفاذ عقود المطعون ضدهم الأربعة الأول، فانه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون النعي عليه بهذا السبب علي غير أساس" (نقض ١٩٨٤/٤/١٩ طعن رقم ١٩٨٥ لسنة ٥٠ق).